TRATTATO
DELLE IPOTECHE

DEL

SIG. BARON GRENIER

TRATTATO
DELLE IPOTECHE

DEL

SIG. BARON GRENIER

PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE REALE DI RIOM,

CAVALIERE DEGLI ORDINI DI S. MICHELE

E DELLA LEGION D'ONORE.

NUOVA TRADUZIONE ITALIANA

REDATTA SULLA TERZA EDIZIONE FRANCESE

DI CLERMONT FERRAND 1829.

TOMO PRIMO

FIRENZE
PER VINCENZO BATELLI E FIGLI
1833.

DISCORSO PRELIMINARE

Noi intendiamo di esporre, in questo discorso, alcune idee generali relative alla legislazione antica dell' ipoteche. Non presenteremo, sulla attuale legislazione che delle particolari riflessioni, atte a farne conoscere la sostanza, ed a porre in grado di valutare le critiche, che ne sono state fatte. Dimostreremo alcune imperfezioni, le quali specialmente meritano l'attenzione del legislatore, e del quale potrebbero essere eliminate, senza offendere i principj fondamentali della legge.

Osserveremo intanto, che non vi è mai stata materia, ad un tempo, più ingrata, ed importante di quella delle ipoteche: dimodochè un trattato su questa parte della nostra legislazione dovendo considerarsi, in pari tempo, come opera di dottrina e di giurisprudenza, noi abbiam dovuto aspettare i lumi dei tribunali e specialmente della Corte di cassazione. Non sono che tre o quattro anni che sono insorte le più ardue questioni su tal materia, eppure molte ancora ne restano, per dire che le specie siano esaurite. Queste ragioni, e le cure dell' impiego che abbiamo l' onore di coprire, ci hanno fino ad ora impedito di pubblicare questo lavoro da noi intrapreso fino dall'anno 1819.

Nei secoli più remoti, potevano gli uomini dispensarsi dallo studio di una legislazione, il di cui oggetto era quello di assicurare l' esecuzione delle obbligazioni. La purità dei costumi rendeva inutili le leggi, o le vestiva almeno di un carattere della più grande semplicità. Il loro scopo era, piuttosto quello di conservare la memoria, e l' esistenza delle promesse, che di stabilire i mezzi coattivi per farle adempire.

Ma l'avarizia, assumendo un attitudine proporzionata a quella della civilizzazione, e le contrattazioni pecunarie moltiplicandosi all' infinito, fu forza adottare delle misure che assicurassero la stabilità dei contratti. Fra

queste, fu naturalmente la prima l'oppignorazione degli oggetti mobili, successivamente quella degli immobili, la quale offriva una base più solida; dimodochè la buona fede si misurò sulla consistenza e l'estensione delle proprietà che garantivano il credito.

Ma questa garanzia poteva riuscire illusoria, ogni qual volta il debitore costituendo una o più nuove ipoteche su' i propri beni immobili, poteva lasciare ignote quelle già precedentemente impostevi, rimanendo le ipoteche occulte senza difesa contro la frode. Questa difesa si travide nella pubblicità delle ipoteche. Si scorge l'esempio di questa pubblicità nella legislazione dei Greci: e ciò che prova un avanzo di buona fede, e dimostra l'orrore per la mensogna e la perfidia, è la facilità con la quale per tanti secoli venne rispettata questa pubblicità non ostante che le forme ne fossero infinitamente incomode.

I Romani debitori ai Greci, non solamente rapporto alle arti ed alle scienze, ma pur anco alla legislazione, adottarono anch'essi il sistema della pubblicità. Ma la severità delle di lei forme, fece nascere il desiderio di scuoterne il giogo. Tale fu la tendenza e l'inclinazione di coloro, che pongono un gran prezzo all'opinione, e la di cui principal ricchezza consiste nell'apparenza d'un gran credito. Da ciò, nacque in progresso l'ipoteca occulta, che si vede nel dritto romano, e che è stata adottata in Francia.

I Belgi, che per la loro saviezza e per la loro industria si crearono un commercio, di cui l'Europa rimase attonita, furono i primi che riconobbero la necessità di formarsi un credito pubblico, che avesse per base la sicurezza e la stabilità delle promesse e delle obbligazioni, alla qual cosa pervennero mediante la pubblicità delle ipoteche, regolata da sistemi adattati ai loro costumi.

In Francia il primo uomo di stato, verso la fine del secolo XVI. e nel corso del successivo, colui che comprese, quanto fosse necessario per la comune prosperità che le finanze e l'industria fossero collegate ad una buona civile legislazione, reclamarono con calore il sistema della pubblicità delle ipoteche. Ma i loro sforzi trovarono inciampo negli intrighi di coloro che erano interessati a conservarsi un esteso credito, anco mediante operazioni rovinose, delle quali i loro creditori potevano divenire, o divenivano frequentemente le vittime.

Ma allor quando, sul finire del XVIII. secolo, e sul principiare del XIX, si vide sorgere una legislazione generale ed uniforme, allora la pubblicità delle ipoteche fu di nuovo invocata, e uscì trionfante dalla lotta delle opinioni.

Egli è cosa ben naturale, che questa pubblicità trovasse i suoi difensori, come i suoi antagonisti, sia perchè si trattava di cosa nuova, sia perchè la legislazione che l'ha organizzata, non ha potuto esser bene intesa che in progresso di tempo, sia, finalmente, perchè ha attaccato ed investito dei principj e degli interessi che erano in opposizione coll'interesse generale. Di fatto le critiche che il regime ipotecario ha incontrate, si sono indebolite, a misura che è stato meglio conosciuto. Le prevenzioni però non sono ancora distrutte, e si rende necessario il conoscerne e valutarne l'importanza.

Per procedere con ordine, divideremo questo nostro ragionamento, in sei paragrafi.

I. Esamineremo, se si debba o nò, conservare la pubblicità delle ipoteche, e presenteremo una breve, ma generale idea della legislazione ipotecaria fino alla legge di brumaio.

II. Se sia vero che le modificazioni stabilite dal Codice civile sulla pubblicità delle ipoteche, (ammettendo delle ipoteche esenti dalla formalità della inscrizione, come sono le ipoteche legali) possino essere considerate come eccezioni che distruggano il principio e lo spirito della legge, e ne sovvertano l'economia.

III. Se la specialità tale quale è stata organizzata, offra gravi inconvenienti, e particolarmente dietro le massime adottate dalla giurisprudenza attuale della Corte di cassazione.

IV. Se sia luogo a censurare la necessità di pagare tutti i debiti esigibili o non esigibili prescritta dall' articolo 2184. del Codice civile a qualunque compratore voglia purgare il fondo acquistato in luogo di ammetterlo alle dilazioni accordate al debitore, come prescriva l' articolo 30. della legge di brumaio.

Questi sono i principali punti che fino al dì d' oggi han servito di base censura contro le disposizioni del Codice civile.

V. Presenteremo diverse osservazioni sullo spirito col quale debbono essere, in caso di dubbio, interpetrate alcune questioni relative alla soggetta materia.

VI. Finalmente indicheremo le imperfezioni che maggiormente investono la nuova legge. Noi stimiamo cosa utile il sottoporle alla saviezza e alla considerazione del legislatore il quale potrebbe o toglierle o modificarle in caso che la legge venisse sottoposta a nuovo esame od a rivisione.

PARAGRAFO I.

SE SI DEBBA O NO CONSERVARE LA PUBBLICITA' DELLE IPOTECHE. IDEE GENERALI SULLE LEGISLAZIONI ANTICHE RELATIVE ALL' IPOTECHE.

Mentre scriviamo, esiste ancora molta diversità d'opinioni (cosa da molti non creduta) nella questione se la pubblicità delle ipoteche sia utile o no. Noi siamo persuasi che queste diverse opinioni si manifesterebbero ogni qualvolta venisse dalla legge ordinata la revisione. Per questa ragione crediamo in dovere di trattenersi più a lungo su questo primo paragrafo.

Deve confessarsi che senza la pubblicità delle ipoteche non potrebbe esservi un regime ipotecario, non potrebbe esservi, cioè, l'azione della legge che assicura al mutuante la restituzione de' suoi capitali.

Per stabilire questa massima esamineremo brevemente le antiche legislazioni. Invocheremo il voto degli uomini di stato i di cui talenti hanno maggiormente onorata la Francia, e quello degli antichi giureconsulti. Proveremo che per avere i Romani abbandonata la pubblicità delle ipoteche, che nella soggetta materia costituiva la base principale del loro primitivo diritto, e per essersi l'ipoteca occulta (dai medesimi ritrovata od ammessa) introdotta generalmente in Francia, ne derivò quivi una confusa e viziosa legislazione sorgente di una infinità di questioni e di disordini. Non si poteva altrimenti rimediare a tanto sconcerto che mediante una legislazione ipotecaria saviamente combinata,che avesse per base questa stessa pubblicità: questa nostra opinione è in parte fondata, come dimostreremo,sull'influenza dei nostri costumi e delle nostre attuali abitudini.

Presso i Greci il fondamento della legislazione ipotecaria fu la pubblicità delle ipoteche. L'ipoteche si pubblicavano con segni apparenti imposti su i fondi. Questi segni erano in uso fino dal tempo di Solone. Ne fa prova Plutarco nella vita da esso scritta di questo legislatore. Solone si gloriava di aver remossi i segni delle ipoteche che si piantavano su i terreni; lo che dimostra che egli aveva posto il popolo in grado di soddisfare i debiti dai quali si trovava oppresso; questa misura adottata dalla politica di Solone unita al rialzamento del numerario gli procurò violenti rimproveri.

Non bisogna desumere da questo tratto di Plutarco nella vita di Solone, che quel legislatore avesse di fatto abolito l'uso dei segni dell'ipoteche. Al contrario in quell'espressioni figurate non si legge che l'influenza momentanea di una misura particolare adottata dal greco legislatore, poichè questo

stesso costume era ancora in pieno vigore al tempo di Demostene che viveva circa 250 anni dopo Solone.

Noi riscontriamo questo fatto in due delle sue orazioni l'una contro Fenippo e l' altra contro Spudia.

Noi ne osserviamo un'altra prova nell'opera dell'illustre abate Barthelemy che possiede l'arte di rivestire la più profonda erudizione col manto della più elegante semplicità. Ecco come egli fa parlare il suo viaggiatore.

» Io avevo trascorso delle intere stagioni in diverse case di campagna: io » aveva traversato spesse volte l'Attica: ecco le cose più singolari che nei miei » viaggi hanno attirato la mia attenzione.

» I campi sono ordinariamente separati gli uni dagli altri da siepi o da » muri. È un savio metodo quello di indicare, come si pratica qui, quali sono » i beni ipotecati mediante certe piccole colonne sulle quali sta scritto un av- » viso che fa noto con ordine progressivo, le obbligazioni contratte dal pro- » prietario con i suoi creditori. Simili colonne situate sul davanti delle case » mostrano al pubblico che sono oppignorate e il *mutuante non teme che i* » *crediti occulti rechino pregiudizio al suo* (1) ».

Deve però osservarsi che i Greci conoscevano un altro mezzo, oltre i detti segni, egualmente efficace, per costituire con sicurezza un'ipoteca; e questo consisteva nel pegno dei terreni che formano la garanzia del credito, che si faceva dal debitore nelle mani del creditore, che ne riteneva il possesso fino al giorno del pagamento (2).

Con tali e sì severe misure facil cosa è il credere, che la legislazione dei Greci sull'ipoteche, fosse estremamente semplice e per conseguenza altrettanto buona quanto era possibile di esserlo.

I nostri costumi non si accorderebbero con tali misure, alle quali, ai tempi nostri, sono stati sostituiti mezzi assai più dolci, mediante i quali, siam giunti ugualmente alla pubblicità delle ipoteche.

Presso i Romani, e nei primi tempi della loro legislazione, in epoca in cui non si conosceva la necessità di stabilire le ipoteche per un credito più apparente che reale, come successe in seguito, ed a misura che la civilizzazione faceva progressi, i mezzi i più semplici, sebbene più incomodi per i creditori, furono creduti i migliori.

(1) Voyage du jeune Anacharsis en Grece, chap. 59, vol. 6.me edit. in 12, pag. 64.

(2) Ved. Loyseau, *du deguerpissement*, liv. 3, chap. 1, n.° 20; e Basnage *Traité des hypotheques*, chap. 1.er.

I segni apparenti piantati sui terreni in prova autentica delle ipoteche di cui erano gravati, vi furono ammessi come lo erano stati in Atene (1).

È egualmente provato che indipendentemente dai segni predetti adottati già dai Greci, i Romani ammessero un altra specie di ipoteca che era egualmente sicura, e consisteva nell'oppignorare a favore del creditore, il quale ne prendeva per conseguenza il possesso, dei terreni che dovevano garantire il debito. Nulladimeno si adottò il sistema di lasciare il debitore in possesso dei fondi oppignorati; ma l'effetto dell'ipoteca era di accordare al creditore il diritto di spogliare il possessore per impadronirsi egli stesso dei fondi oppignorati onde fargli vendere.

A questo sistema si riferisce con perfetta esattezza un passo di Cicerone che non potrebbe intendersi senza conoscere questa disposizione del diritto romano. Questo immortale oratore in una delle sue lettere familiari (lib. 13 epistola 16) diretta a Termo vice pretore, gli raccomanda alcuni affari riguardanti Cluvio suo amico, che non potevano esser disimpegnati che nella provincia la di cui amministrazione era allo stesso Termo affidata. Filota, cittadino d'Alabanda, scriveva egli, ha costituito una ipoteca sopra un suo proprio fondo a favore di Cluvio. Il fondo è a questi devoluto per mancanza di pagamento, vi prego di fare in modo che Filota ne faccia il formale abbandono e ne dia possesso ai procuratori di Cluvio, o che paghi il suo debito. *Praeterea Philotes Alabandensis hypothecas Cluvio dedit:* HÆ COMMISSÆ SUNT (2). *Velim cures ut* AUT DE HYPOPTHECIS DECEDAT (3), *easque procuratoribus Cluvii tradat*, AUT PECUNIAM SOLVAT.

(1) Se qualcuno volesse porre in dubbio la pratica di questo antico costume in Roma sarebbe facile il convincerlo con l'aiuto di diverse leggi romane, le quali non possono ricevere alcun'altra interpetrazione, e particolarmente la legge 22 paragr. 2.° ff. *quod vi aut clam*, e la legge 2 al Codice *ut nemini liceat etc.* Ma ci dispensa dall'entrare in questa discussione, che sarebbe più curiosa che utile, il sentimento positivo di due celebri giureconsulti cioè Dionisio Goffredo sulla legge del Digesto superiormente citata, e Loyseau *Traité du déguerpissement*, lib. 3 n.° 25 e seg. La legge del Codice sopra citata vieta per vero dire l'uso di questi segni, ma la sua abolizione appunto non fa che confermarne l'antico uso. Alcuni autori son caduti in errore nell'aver riscontrato che quei segni apparenti non avevano avuto mai altro oggetto che quello di annunziare le vendite forzate. Non può impugnarsi che i detti segni negli ultimi tempi della romana legislazione servissero esclusivamente a quest'uso. Ma è d'altronde una verità incontrastabile che, avanti di servire ad annunziar le vendite, i detti segni non servirono che ad annunziare le ipoteche.

(2) *Hypothecae* commissae *dicuntur, cum, debitore ad dictum diem solutione negligente, illae in potestatem creditoris veniunt.* CHRISTOPH. CELLAR. in Cic.

(3) La parola *hypotheca* è stata spesse volte presa per il fondo ipotecato. Se ne veggono frequenti esempi nel diritto romano: questa interpetrazione è tuttora ammessa in alcune parti della Francia. Parlando del fondo ipotecato, molti dicono la *mia ipoteca.*

Il sistema di mettere il creditore in possesso della cosa ipotecata si è lungamente mantenuto, poichè si vede una quantità di leggi nel Digesto e nel Codice che regolano il caso, in cui il creditore possa, o no, vender l'oggetto che tiene col titolo di pegno o di ipoteca, e le formalità che egli deve adempire quando si tratti di procedere a simil vendita. Veggasi a tal proposito Pothier *Pandectes* lib. 20. tit. 5.

Così a poco a poco si abbandonò la severità delle antiche forme. Si cominciò a tollerare la costituzione dell'ipoteca in virtù del semplice patto. Si ammesse che l'ipoteca sebbene occulta investirebbe tutti i beni presenti, ma per questi era necessario la stipulazione dell'ipoteca, poichè la semplice obbligazione non sarebbe stata sufficiente. Giustiniano prescrisse in seguito che attesa appunto la stipulazione d'ipoteca, questa ipoteca stessa dovesse colpire non solamente i beni presenti, ma pur anco i beni futuri non ostante che per questi non fosse stata fra le parti fissata veruna particolare convenzione (1).

Che avvenne egli in quasi tutta la Francia ove una tale legislazione fu introdotta, unitamente alla massima, che la semplice generale obbligazione non ostante la mancanza di una particolare convenzione, obbligava non solamente i beni presenti ma pur anco i beni futuri, se si eccettuino alcune provincie del Nord, di cui avremo occasione di parlare e che si mantennero fedeli al principio tutelare delle ipoteche?

Se il debitore si era astenuto da far vendite, se era rimasto in possesso de'suoi beni, si procedeva al possesso, il quale era seguito da un giudizio d'ordine all'epoca del quale i creditori sovente si conoscevano per la prima volta. Le spese di questo giudizio già per se stesse considerevoli si moltiplicavano a misura della quantità dei debiti che andavano scoprendosi, e le di cui conseguenze provavano in qual modo gli ultimi creditori rimanessero vittime dell'ignoranza in cui erano rimasti, dell'ipoteche costituite avanti delle loro. Era cosa assai frequente il vederne un gran numero che non potevano partecipare alla distribuzione del prezzo della cosa aggiudicata; ed esser nulladimeno obbligati a sopportare le gravi spese dell'aggiudicazione che bisognava necessariamente anticipare.

Se il debitore al contrario vendeva tutti o parte dei suoi beni, allora si instituiva contro il compratore da uno e spesse volte da più creditori l'azione ipotecaria, e il compratore chiamava in rilevazione il venditore. Se il fondo era passato in più mani, dopo la vendita fattane dal debitore avevano

(1) Vedi Loyseau *de l'action hypothécaire*, lib. 3 chap. 1 n.° 14; Basnage *des hypothèques*, chap. 13 e 14, e le leggi dai medesimi citate.

luogo altrettante rilevazioni quanti erano i successivi acquirenti, rimontando fino all' originario venditore. Questo era il colmo del disordine.

Ma qual era la causa di simili abusi? La mancanza di pubblicità d' ipoteche. Questa verità apparisce così manifestamente che si rende inutile qualunque ulteriore esame.

È però da osservarsi che nel diritto romano era stata introdotta un'ipoteca conosciuta sotto il nome d' *ipoteca speciale*, e le persone poco istruite nella nostra antica legislazione potrebbero dubitare che attesa questa indicazione, esistesse una qualche affinità fra questa ipoteca e quella che, nel sistema della nostra legislazione ipotecaria, viene egualmente indicata col nome di *ipoteca speciale*.

Ma costoro procederebbero, su tal proposito, in grave errore: l'ipoteca speciale secondo i principj del diritto romano, non era come l' ipoteca generale sottoposta ad alcuna pubblicità, e non poteva quindi godere dei vantaggi di questa stessa pubblicità. Indipendentemente dall' ipoteca generale resultante dalla natura di una obbligazione, come abbiamo superiormente osservato, si oppignorava dal debitore con titolo di ipoteca speciale, uno o più fondi i quali venivano per conseguenza descritti. Ma se prima della convenzione di questa ipoteca speciale, quegli che si obbligava, aveva contratto delle precedenti obbligazioni, l' ipoteca generale dalle medesime resultante, investiva i fondi che aveva successivamente oppignorati mediante l' ipoteca speciale, dimodochè questa specialità rimaneva spesse volte senza effetto. Relativamente a coloro i quali posteriormente all' obbligazione, che accordava loro una garanzia, mediante questa ipoteca speciale, avessero sovvenuto (non essendo avvertiti, per difetto di pubblicità delle sue precedenti obbligazioni di qualunque natura esse fossero) ad uno stesso debitore, incorrevano nei medesimi pericoli in caso di insolventezza del debitore medesimo. Ciò doveva necessariamente succedere ogni qual volta l'ipoteca speciale precedente sussisteva, (senza che fosse pubblica) in forza della anteriorità del titolo, come l' ipoteca generale.

Sembrava esistere bensì qualche differenza fra l' ipoteca generale e l' ipoteca speciale, attesochè quest' ultima pareva imprimere una pretensione o un dritto più preciso e più forte sul fondo che ne veniva gravato. Neguzauzio giureconsulto italiano in un trattato latino sulle ipoteche, opera meritamente stimata, e nella quale la materia vien trattata secondo i principj del dritto romano, è l'autore che ha spiegato queste differenze con la massima precisione: egli le riduce a sei, pag. 13: 5.a ediz. del 1683.

Per esempio nel caso di semplice ipoteca generale, sebbene i servi del

debitore venissero investiti da questa ipoteca (e presso i Romani tutto ciò che rivestiva la natura di proprietà mobiliare era come gli immobili suscettibile di ipoteca) questo debitore poteva liberarneli, ciò che non avrebbe potuto fare se gli avesse specialmente oppignorati. Per esempio, se un possidente affittando la propria casa l'avesse specialmente oppignorata al conduttore, e se in seguito l'avesse venduta, il compratore era obbligato a rispettare il contratto d'affitto, ciò che non poteva aver luogo, se la casa fosse stata affetta solamente da ipoteca generale. Io non referirò i quattro successivi esempi riportati dal citato autore, mentre sono più estranei ancora ai sistemi adottati in Francia di quelli che ho superiormente citati.

Avvi ancora di più; succedeva spesso che l'ipoteca speciale riusciva dannosa al creditore, la qual cosa è benissimo spiegata da Basnage *Traités des hypotheques*. chap. V. pag. 48, e da Domat *Lois civiles* liv. III. tit. I, sect. III, n. 6. Per questa ragione appunto in tutti gli antichi contratti, con i quali si costituivano ipoteche, non si ometteva di aggiungere la clausola che l'*ipoteca speciale non dovesse derogare alla generale, nè la generale alla speciale.*

Non è maraviglia che la specialità dell'ipoteca, nel diritto romano non abbia potuto conseguire veruno dei vantaggi inerenti alla specialità dell'ipoteca, come è stata ideata nella nostra legislazione ipotecaria, e che sia quasi rimasta senza effetto. Una ragione assai semplice, e che fa sempre più conoscere lo spirito col quale è stata introdotta nella nostra legislazione la specialità dell'ipoteche, è che la specialità medesima è stata considerata come l'istrumento ausiliare della pubblicità: ella è stata il solo mezzo col quale siamo giunti a questa pubblicità medesima, mentre questo è il solo mezzo con cui si possa far conoscere i fondi affetti ed obbligati ad ipoteche convenzionali. Siccome nel diritto romano non si conosceva la pubblicità delle ipoteche, poichè fu derogato agli antichi sistemi, di cui abbiamo superiormente parlato, la specialità delle ipoteche non serviva quasi a niente e diveniva un effimera garanzia; di maniera che i gravi inconvenienti che presentava la romana legislazione attesa la clandestinità delle ipoteche, sussistevano ugualmente rapporto all'ipoteca generale, non meno che all' ipoteca speciale pel difetto delle forme con le quali era stata ideata ed introdotta.

Una legislazione così viziosa, produsse conseguenze tanto funeste all'ordine sociale, che fissò l'attenzione degli uomini di stato, ugualmente che quella dei giureconsulti.

Sully (1) desiderava » che niuno di qualunque condizione fosse potesse

(1) Mémoires lib. 26.

» prendere denari in prestito *senza che fosse dichiarato quali debiti avesse* » *il debitore, con quali persone, e su quali beni.* » Ecco la pubblicità delle ipoteche, e un indicazione adattatissima alla di lei organizzazione.

Colbert volle portare ad effetto il suddetto progetto: nel mese di marzo 1673 fece pubblicare un editto, che stabilì la pubblicità dell'ipoteche, ma questo editto fu revocato da un altro dell'aprile 1674 (1).

Per comprendere i sommi vantaggi della pubblicità delle ipoteche, si aveva presente l'esempio che ne davano gli Statuti delle provincie del Nord formanti parte del regno conosciuti sotto il nome di Statuti di *nantissement*, d'*ensaisinement*, di *vest* e di *devest*. (2).

Sarebbe più curioso che utile, l'indicare le formalità introdotte da simili Statuti e rimontare alla loro origine (3). È però comunemente noto, che il resultato di queste formalità, non era che una perfetta pubblicità dell'ipoteche,

(1) Vedi l'opera conosciuta sotto il titolo Testament politique de Colbert. Cap. 12. pag. 351. ediz. del 1693. Questo editto intitolato « *Editto che stabilisce i tribunali ed i registri delle opposizioni per conservare l'anteriorità all'ipoteche* » si trova nella raccolta degli editti e dichiarazioni che forma la continuazione del *trattato della vendita degli immobili* di Hericourt pag. 304. La cognizione di quest'opera puole riuscire di tale utilità che abbiam creduto bene di farla stampare alla fine del presente trattato.

(2) Statuti di *Boulonnais*, *Amiens*, *Péronne*, *Vermandois*, *St-Quentin*, *Senlis*, *Laon*, *Reims*, *Chauny* ed altri. Gl'istessi usi avevano luogo negli Statuti di Fiandra e de' Paesi Bassi limitrofi della Piccardia. Di questo numero erano gli Statuti di Hainaut, Liège, Artois e Lille, etc.

(3) Mornac sulla legge 26. *ff. de pign. act.* si riporta a quanto ne dice Budèo nel suo Commentario sulla lingua greca, pretendendo che quel sapiente abbia provato che l'uso del pegno nasca dagli antichi costumi dei Greci. *Vide autem Budaeum in Comment. ling. graec. ad dictum* ὅροι (segni dell'ipoteche), *ubi clare ostendit manasse hypothecarum usum a Graecis*, *quali* nantissamenta *sua Belgae nostri hodie peragunt*. Noi non abbiamo ritrovato nel dizionario di Budeo, l'idea di questa derivazione d'origine, sebbene vi abbiamo riscontrato più volte l'uso dei segni da noi riportato, sulla testimonianza di Plutarco e dell'Abate Barthélemy. Non intendiamo però porre in dubbio l'esattezza di Mornac nelle citazioni, e vogliamo attribuire piuttosto la difficoltà di verificarle al disordine che regna nell'opera di Budeo. Ci sia però permesso di credere che i popoli Belgi non abbiano avuto gran volontà di copiare gli usi dei Greci. Eglino hanno soltanto profittato di alcune disposizioni dei loro Statuti, relativi al potere feudale, onde formarne un utile istituzione. Può nulladimeno asserirsi con sicurezza, che questa istituzione vi ha preso la forma di una legislazione meramente civile e di un interesse generale. Ciò che prova la verità di quanto abbiamo detto in proposito, è che il manifesto di Carlo V, del 10 febbraio 1538, e quello di Filippo II, del 6 dicembre 1586, mentre stabiliscono l'impossibilità di alienare o di permutare senza la formalità dell'assicurazione, dichiarano formalmente che ciò è fatto *per prevenire le frodi e gli stellionati*. Tutto ciò è riferito nel Repertorio di giurisprudenza alle parole *Devoirs de loi* §. 1.

nè vi erano ipoteche senza questa pubblicità. Era questo un principio di legislazione consacrato da molti secoli e religiosamente osservato.

Qui si presenta il più importante argomento in favore della pubblicità delle ipoteche. Allor quando fu redatto l'editto del 1673, ciò che apparentemente fu fatto da dotta mano, mentre poche leggi offrono una compilazione altrettanto precisa, quanto previdente, furono abrogati, art. 71, gli Statuti di pegno e sicurtà; e gli abitanti delle province, ove questi Statuti medesimi erano osservati si tacquero. L'editto corrispondeva perfettamente all'oggetto della loro legislazione, ed anzi il rendeva migliore.

L'editto del mese di giugno 1771, di cui in breve ragioneremo che fu, in certi rapporti, utilissimo, ma che nulladimeno lasciò molte cose imperfette, avendo lasciato sussistere le ipoteche occulte; questo editto dicemmo abrogò l'uso *della presa di possesso e del pegno* e derogò, all'art. 55, a tutto il disposto di questi Statuti.

Ma che avvenne egli mai? I reclami degli abitanti dei luoghi, che si regolavano cogli Statuti *di sicurtà e di pegno* si inalzarono per ogni dove; il parlamento di Fiandra e il consiglio d'Artois rifiutarono di ammettere ed eseguire l'editto; ed allorquando l'autorità reale ne fu istituita cedè alle rimostranze, permettendo mediante una nuova legge, che l'editto predetto non avesse osservanza nei territorj sottoposti ai detti Statuti. E si osservi bene come il silenzio dei popoli, particolarmente interressati al mantenimento della legislazione ipotecaria, da una parte, i lor reclami dall'altra, l'intervento della autorità reale, che rende ragione a questi reclami, tutto ciò è un testimone dell'importanza e dei vantaggi della pubblicità delle ipoteche.

Non reca adunque maraviglia se Loyseau, Basnage, ed Hericourt tre celebri giureconsulti, che si sono specialmente occupati di questa materia, si dolsero della insufficenza della legislazione francese, e bramarono di renderla migliore (1).

D'Hericourt pubblica formalmente il voto di vedere osservati ovunque in materia ipotecaria, gli Statuti *di sicurtà* e brama ardentemente il ristabilimento dell'editto del 1673, osservando che in seguito del proemio di quello del 1674, questo editto del 1673 non era stato revocato per sempre ma che soltanto ne era stata sospesa l'esecuzione.

Io mancherei a me stesso se tacessi che esiste contro il sistema della

(1) Loyseau *du déguerpissement* lib. 3. cap. 1. n.° 14 e seg. Basnage *Traité des hypothéques* cap. 1. pag. 10. ediz. in-12 del 1702. D'Hericourt *Traité de la vente des immeubles* cap. 11. sez. 3. n.° 8. e seg. e cap. 14. n.° 7.

pubblicità delle ipoteche un opinione di gran peso, quella, cioè, dell'immortal cancelliere d'Aguesseau (1).

Ma per quanto sia il rispetto che dobbiamo alle opinioni di questo illustre e grand' uomo, le adotteremo noi senza esame veruno? e qual caso potrebbe mai farsi di una cieca deferenza alle di lui opinioni, derivante piuttosto da una superstiziosa credulità, che da una manifesta convinzione? primieramente sarebbe da osservarsi che questo illustre magistrato si decise per questo principio, in forza delle circostanze vigenti all'epoca nella quale egli veniva consultato sulla questione, se fosse utile il far rivivere la legislazione stabilita dall' editto del 1673; e questa epoca non è conosciuta, o almeno io l'ignoro. Egli ripete per ben tre volte (pag. 621 e 623) che questo editto non poteva essere più male a proposito adottato che nelle *presenti circostanze*: è necessario adunque esaminare la questione sotto un punto di vista generale.

Il sig. d'Aguesseau si fondava sulla pratica, che secondo lui si era introdotta relativamente all' editto del 1673; Ma come mai si sarebbe potuto stabilire una utile pratica sull'esecuzione di questo editto, poichè dietro le espressioni stesse del sig. d'Aguesseau, il legislatore aveva voluto che questo editto *morisse nascendo?* D' altronde qual bisogno vi era d'invocare una pratica su questa legge, poichè i principj che l'avevano dettata, avevano gettato sì profonde radici nell' innumerevoli regole statutarie, conosciute sotto il nome *di sicurtà* che erano allora in vigore, come lo sono state sempre in appresso? Questo saggio e virtuoso magistrato si appellava ai reclami che l'editto del 1673 aveva suscitati in Francia.

E per quali motivi e donde si suscitarono (2)? Il sig. d' Ageusseau si appella ai costumi del suo tempo: sentiamo egli stesso.

» Si è sempre creduto, che niente vi fosse di più contrario al bene ed
» al vantaggio delle famiglie, quanto il far conoscere lo stato e la situazione
» delle fortune dei cittadini. Un autore italiano disse che l' opinione è la
» regina del mondo, se ciò è vero, può dirsi che ella ha stabilito il suo trono
» in Francia: quivi non si vive e non si sussiste che d' opinione: il credito
» e la confidenza son basati sull' opinione: ed è un togliere all' uomo l' ul-

(1) Opere di M. d' Aguesseau. Tom. 13. pag. 620. ediz. in 4°

(2) Amiamo piuttosto di rinviare il lettore a ciò che su tal proposito sta scritto nell' opera, che ha per titolo *Testament politique de Colbert*, che di referire in questo luogo le espressioni troppo dure usate contro la magistratura e contro i grandi uomini dello stato, cui fu rimproverata la revoca dell' editto del 1673.

» tima sua risorsa, lo spogliarlo di quella riputazione, che spesse volte, ed
» anco nello estremo infortunio,ad esso tien luogo di ricchezza.

» Mediante l'opinione, noi vediamo giornalmente una quantità di pa-
» trimonj ristabilirsi e risorgere; patrimonj che senza il credito sarebbero
» rimasti immancabilmente annullati e distrutti.

» Mediante l'opinione l'uomo, il più infelice e depresso, può ottenere
» imprevedute risorse, giacchè fintanto che si crede poter contar sulla di lui
» probità, e che si è nella perfetta ignoranza della di lui rovina, si trovano
» ancora degli amici che gli stendono una mano benigna, che l'aiuta a
» raccogliere gli avanzi della sua dispersa fortuna,o finalmente non è perse-
» guitato con rigore, ed il tempo, che in questo modo acquista, non è il
» minore dei vantaggi che gli procura il proprio credito. Il negoziante in-
» tanto trova qualche fortunata congiuntura per ristabilire il suo commer-
» cio; il magistrato raccoglie un eredità che lo mette in stato di sostenere il
» suo grado; il gentiluomo vende una possessione a condizioni vantaggiose,
» o forma un matrimonio che gli procaccia i mezzi di pagare i proprj debi-
» ti; in una parola senza dirne di più, l'esperienza ci insegna tutti i giorni
» che una infinità di famiglie son risorte in forza del proprio lor credito. »

Son eglino questi i nostri attuali costumi? Noi possiamo con fiducia ri-
spondere negativamente. Da più di venti anni in poi si ha meno fede nella
probità che nella *ricchezza* (1). Possono per verità esistere delle particolari
ed onorate eccezioni, ma queste però non distruggono le conseguenze, che
emergono dalla generalità dell'uso e della sua influenza. In tutti i tempi
sarebbero stati sensibili i vantaggi della pubblicità delle ipoteche; come mai
rinunziarvi dopo una rivoluzione,nella quale mille bisogni creati dall'infor-
tunio, mille false speculazioni figlie di un sentimento di eccessiva cupidigia,
mille perfide risorse dell'usura hanno portato il germe della distruzione in
un gran numero di patrimonj, cui invano si è tentato di portar riparo poi-

(1) Questa idea ha suggerito il soggetto di uno dei più piccanti, e spiritosi epigrammi di Marziale.

Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis;
Idem, si pro me spondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,
Credis colliculis arboribusque meis.
Ecce reum Carus te detulit; adsit agellus.
Exilii comitem quaeris? agellus eat.

Lib. 12. Epigram. 25.

chè anco giornalmente questo germe medesimo vi si annida? Come si avrebbe potuto dopo un lungo corso di anni, e come si potrebbe per molto tempo ancora contrattare con sicurezza, se non esistesse la pubblicità delle ipoteche? La fiducia è l'anima dei contratti. Se il datore del denaro ignora le ipoteche non può aver questa fiducia: nè può inspirarla colui che prende ad imprestito, se non è in grado di provare la propria solvibilità, mediante i certificati che attestino lo stato della sua fortuna. Qualunque legislazione che non offra questo doppio vantaggio è sicuramente un imperfetta legislazione.

Questa massima è applicabile al commercio, egualmente che ad ogni altra ordinaria contrattazione. Egli è ben vero che la prosperità del commercio può derivare da altre cause estranee dalla facilità con cui si ponno ipotecare i beni immobili; giacchè il credito commerciale è principalmente basato sull'industria e sopra la più esperimentata onestà. D'altronde poi, fatta astrazione dalle contrattazioni fra i commercianti, le transazioni ordinarie sono abbastanza numerose e troppo importanti per non aver bisogno di ricorrere alla pubblicità delle ipoteche; oltre che questa stessa pubblicità viene frequentemente in soccorso del commercio. Quanti cittadini che esercitano questa professione sarebbero rimasti privi di mezzi di stabilire un florido commercio, se non avessero prima potuto costituire delle ipoteche? Non vediamo noi forse ogni giorno nei contratti di società puramente mercantili, che i socj si danno reciprocamente delle ipoteche, colla facoltà di iscriverlo in nome della società, e per la sicurezza respettiva dei patti stipulati? È forse raro che i padri o altri ascendenti, per sostenere il commercio dei loro figli o altri discendenti, gli autorizzino, mediante autentici contratti, a ipotecare una porzione dei loro beni? Noi abbiamo spesse volte avuto occasione di osservare dei simili atti.

La necessità di un regime ipotecario si rende inoltre necessaria, allorquando le famiglie aspirano a qualunque impiego per gli individui che le compongono. In quasi tutti i rami di pubblica amministrazione, non si può ottenere impieghi che mediante garanzia di beni immobili, o ipotecando gli immobili per procurarsi il denaro, se la garanzia deve prestarsi in effettivo contante. Ora, come mai potrebbe porsi in essere l'esistenza di simili garanzie senza la pubblicità delle ipoteche? Sembrerebbe anzi una contradizione che il Governo imponesse simili condizioni, se coloro che devono adempierle non trovassero nella legge i mezzi di somministrare le richieste garanzie.

Non però avveniva così anticamente, allorquando gli impieghi di-

pendevano dalle cariche la di cui creazione emanava dal Sovrano, e che erano sottoposti in conseguenza alla venalità. Il privilegio esclusivo della carica, in favore del Governo o delle parti interessate, era una garanzia sufficiente degli abusi e delle prevaricazioni dei titolari.

Le cose rimasero quindi nell'antico stato, fino alla promulgazione dell' editto del giugno 1771.

Questa è la prima legge che abbia reso noto, come il legislatore fosse vivamente convinto dell' imperfezioni e degli inconvenienti della precedente legislazione. Si rende indispensabile il fissare la sua attenzione sulle conseguenze di questa convinzione.

I Decreti volontarj, le di cui spese erano considerevoli e non refettibili, disparvero affatto: il compratore, pubblicando per uno spazio di tempo determinato il suo titolo d'acquisto, aveva facilmente il modo di conoscere i creditori del venditore, che erano obbligati di fare opposizioni all' atto di ratifica. Il diritto di aumentare o rincarare il prezzo era ammesso per evitar le frodi, dirimpetto ai terzi, sul prezzo della vendita. L'atto di ratifica purgava il fondo acquistato dalle ipoteche di cui era affetto; le ipoteche, staccate dall' immobile, si convertivano in azioni sul prezzo fissato originariamente per la vendita, o procedente dai successivi rincari. In questa guisa un compratore non ebbe più a temere gli inconvenienti dell'antico sistema ipotecario, del quale abbiamo superiormente fatto conoscere le deplorabili conseguenze; quindi la circolazione delle proprietà fu più rapida, e l'uso degli atti di ratifica frequentissimo.

Ma le disposizioni di questo editto, d'altronde utilissimo non pervennero a quel grado di perfezione, che gli uomini posson dare ad ogni loro instituzione. Le ipoteche rimasero occulte: le opposizioni prescritte ai creditori per l' oggetto di conservare i loro privilegj, in caso di impetrazione dell' atto di ratifica, si facevano a comodo di questi istessi creditori, purchè ciò fosse avanti l' apposizione dei sigilli agli atti predetti. L' ipoteca rimaneva sempre inerente al titolo che costituiva il credito, e non prendeva data certa dall' opposizione. I creditori adunque non si riconoscevano, come prima dell' editto, se non quando si trattava di procedere alla graduatoria; ed allora solamente molti di essi si trovavano disgraziatamente convinti di esser rimasti vittime di una funesta credulità, contro la quale non avevano potuto premunirsi con veruna sorte di precedenti nozioni.

Il sistema della pubblicità della ipoteca fu finalmente organizzato dalla legge dell'11 brumajo anno 7, legge che sarà sempre notabile nella soggetta materia, non potendo noi accordare veruna preminenza alla legge di mes-

sidoro anno 3; poichè questa partecipava dell'esaltazione di spirito che esisteva all'epoca della di lei pubblicazione. Ciò nonostante malgrado il timore che suscitò sulla rovina generale delle private fortune che pretese di parificare ai mobili, cosa che recò un generale spavento, non può negarsi che contenga delle utili idee. Questa legge sarà sempre un oggetto di curiosità ed interesse, per coloro che amano di conoscere una legislazione in tutta la sua ampiezza, risalendo fino alla di lei origine. Alcune delle disposizioni in essa contenute sono state eseguite e confermate, in quanto al tempo passato, dalla legge dell' 11 brumajo: di manierachè si rende necessario il conoscerle.

Da quanto è stato esposto nel presente paragrafo resulta, che l'abolizione della pubblicità delle ipoteche sarebbe cagione di infiniti mali; e tutte le sociali contrattazioni ne rimarrebbero paralizzate.

PARAGRAFO II.

È EGLI VERO CHE LE MODIFICAZIONI STABILITE DAL CODICE CIVILE SULLA PUBBLICITA' DELLE IPOTECHE, AMMETTENDONE DI QUELLE CHE SONO ESENTI DALLA INSCRIZIONE, TALI SAREBBERO ALCUNE IPOTECHE LEGALI, DEBBANO ESSERE CONSIDERATE COME ECCEZIONI CHE NE DISTRUGGANO IL SISTEMA?

Il modo di proporre il presente quesito, fa presentire le confutazioni che siamo in grado di opporre agli obietti. Difatti noi intendiamo dimostrare, che si prende per eccezioni ciò che non è che semplice modificazione. Facil cosa è il comprendere la differenza che passa fra l'una e l'altra, e premessa una volta questa differenza, sarà ugualmente facile il convincersi che, in qualunque caso si renda necessario il conoscere le diverse specie di ipoteca, la legge ce ne procura il modo, riconducendoci sempre a quella stessa pubblicità che ne forma il sistema, la validità della quale forma il compimento del principale suo scopo nell' interesse d' ogni contraente.

Sembra che il fondamento della legge consista nella specialità, come sostengono i critici, e pure in rapporto anche alle convenzioni nelle quali questa specialità si rende più intrinsicamente necessaria, una semplice dichiarazione del creditore può estendere questa ipoteca su tutti i beni futuri (1).

Inoltre vi ha dell'ipoteche generali che gravano tutti i beni presenti e

(1) Art. 2130 del Codice civile.

futuri, di cui alcune debbono indubitatamente esser rese pubbliche col mezzo dell'inscrizione, ed altre si sostengono da loro stesse senza bisogno di questa pubblicità. Si fa presente quella moltitudine di ipoteche che si intralciano (vien detto) come altrettante reti nelle quali si crede trovarsi allacciati; ed intanto si pretende concludere che, siccome era necessario stabilire tante eccezioni contro i principj della *specialità* e della *pubblicità*, che per questa sola ragione rimangono quasi distrutti, non meritava la pena di rinunziare alla precedente legislazione.

Ma tutti questi pretesi inconvenienti non esistono che nella immaginazione, e coloro che se ne formano soggetto di terrore, ci dimostrano di non avere abbastanza pensato sull'insieme della nostra legislazione, e molto meno su i resultati della pratica abituale.

Noi andiamo intanto imprimendo una forte prevenzione contro l'idea che la riunione delle ipoteche legali alle ipoteche speciali lasci la legge senza sistema,e sia di danno al di lei progresso. In quanto a ciò anco negli Statuti di sicurtà, la di cui legislazione ha avuto più particolarmente in mira coloro che sostenevano una pubblicità assoluta, le ipoteche legali erano esenti dalle formalità ivi stabilite per la pubblicità dell'ipoteche in generale. Di ciò ne fa fede Mornac sulla legge 26 ff. *de pignorat. act.*, fondandosi sulle autorità le più rispettabili,alle quali noi potremmo unirne varie altre più recenti. Egli ne ragiona sul proposito delle ipoteche legali delle donne e dei minori,e della separazione dei patrimonj cui le leggi, al tempo dell'autore, attribuivano un ipoteca legale, che dal Codice civile è stata annoverata fra i privilegj. *Tres tamen*, è Mornac che scrive, *exceptiones reperio : proehensiones enim istae reales, seu* NANTISSAMENTA, *ut loquimur, non desiderantur ubi agitur de tutelae actione,vel de dote. Sunt enim hypothecae legales quae etiam citra ullum hominis ministerium obtinent . . . idem vero etiam , ubi agitur de reditu pecunario qui in supplementum divisionis constitutus est. Dicimus* POUR SOULTE DE PARTAGE.

Si pretenderebbe forse che, riportandosi alla legge del brumajo anno 7, la donna e i di lei parenti dal momento del matrimonio, fossero obbligati a prendere inscrizione su i beni del marito, per sicurezza della dote e per l'adempimento dei patti matrimoniali?

Ma questa imperativa obbligazione, la di cui conseguenza sarebbe stata che tutti coloro che avessero preso iscrizioni sui beni del marito, avanti la moglie, sarebbero stati preferiti alla medesima, questa obbligazione, diceva, presenta una durezza repugnante. Il render manifesta un'assoluta mancanza di fiducia, con atti d'indole ostile, non è sicuramente d'un così fausto augu-

rio, sotto cui possa aver luogo l'unione delle famiglie; ed è per questa ragione appunto che rare volte fu praticata simile disposizione, anco sotto il regime della legge di brumajo.

Ma non ci arrestiamo a queste preliminari osservazioni, e passiamo piuttosto alle prove, di cui facile sarà lo sviluppo. Basterà penetrarsi dello spirito col quale fu immaginata la legge, ed osservare con quale attenzione abbia procurato di conciliare tutti gli interessi. Si osserverà che, se alcuno di questi n'è rimasto danneggiato, cagione ne fu la poca premura delle parti contraenti, nel profittare dei mezzi che loro offriva la legge, piuttosto che il difetto dei mezzi medesimi. Sarà cosa facile il convincersi che la *specialità* dell'ipoteca si collega, colla *legalità* o la *generalità*; o, ciò che monta lo stesso, che queste tre ipoteche *speciale*, *legale*, e per conseguenza *generale*, o puramente *generale* senza essere *legale* possono procedere di fronte senza distruggersi a vicenda (1).

Per esser meglio intesi procediamo a delle ipotesi. Un cittadino possiede una fortuna di trecento mila franchi in beni immobili, ed immaginiamoci che la di lui moglie gli abbia recato una dote di franchi centomila. Egli è cosa manifesta che avrà disponibile una somma di franchi dugento mila, sia per intraprendere delle speculazioni, sia per sovvenire ai proprj bisogni. Se il buon ordine, e la moralità presiedono a'di lui affari, ed all'amministrazione del di lui patrimonio, è facil cosa il supporre che il terzo, o creditore o compratore, potrà contrattare seco lui senza timore: poichè egli saprà porre un limite ai proprj impegni, fino al punto di lasciare intatta la dote della moglie, onde il creditore, o compratore non incorra in alcun pericolo.

Ma sebbene uno stato di domestici affari, quale ce lo immaginiamo, non sia raro (e sarebbe cosa ben lacrimevole che non potesse esistere), fa d'uopo nonostante convenire, che allor quando si tratta di assicurare i proprj interessi in materia di sociali contrattazioni, non bisogna prender le cose sotto un tal punto di vista. L'immoralità è spesse volte la conseguenza del dissesto degli affari. Lasciando anco da parte l'immoralità, degli errori, che ponno essere la conseguenza di semplici negligenze, prodotti dalla inriflessione o dall'inerzia, si precipitano in disordini che difficilmente avresti potuto prevedere. Per questa ragione appunto la vigilanza della legge esercita una savia ed utile previdenza. Esaminiamo adunque le di lei disposizioni in questo ul-

(1) Queste diverse denominazioni non hanno cosa alcuna d'incomodo, per poco che si conoscano i primi elementi della legge. La *generalità* non suppone sempre la *legalità*. La legalità al contrario suppone sempre la generalità; e la sua denominazione dimostra che ella nasce dalla legge, e non ha bisogno della convenzione.

timo rapporto, e vediamo se di fatti vi arrechi una tal confusione in mezzo della quale sia difficile il rinvenirsi.

Distinguiamo il compratore dal creditore, e quindi esaminando la condizione dell'uno e dell'altro, gli presenteremo sotto un duplice aspetto: noi seguiremo i loro passi, supponendogli in uno stato d'incuria, e di ignoranza assoluta dalle disposizioni della legge: gli dipingeremo in seguito, come estremamente applicati a confermarsi a queste disposizioni medesime.

Ponghiamo che un compratore contratti con un individuo che si trovi nella situazione da noi precedentemente immaginata, cioè possessore di un patrimonio in beni stabili di franchi 300,000, gravato di una dote di franchi 100,000; se il compratore acquista tanti beni per il prezzo di fr. 50,000 da staccarsi dai residuali franchi 200,000 in beni che supponghiamo liberi, e sicuro di questo, paga liberamente il detto prezzo, non temendo di alcun pericolo, può nulladimeno trovarsi deluso nelle sue speranze. In effetto egli può avere la certezza che il venditore, specialmente se soffre qualche dissesto ne' suoi affari, che non può essere a sua cognizione, non venda senza sua saputa una gran parte dei rimanenti suoi beni. Ora, se questo caso si verifica, il secondo acquirente può fare le notificazioni prescritte dall'art. 2194 del Codice civile, e dal decreto del Consiglio di stato del 1 giugno 1807, senza che sopraggiunga veruna inscrizione per parte della moglie. In questo stato di cose, il secondo acquirente ha il dritto di pagare liberamente il prezzo dei beni comprati al marito venditore; e può farlo legittimamente per le disposizioni del citato art. 2194 e dell'art. 2195. Allora la moglie per la sicurezza della propria dote, e per l'adempimento delle convenzioni matrimoniali, può esercitare la sua ipoteca legale sui primi beni immobili venduti dal proprio marito, e che non sono stati purgati dalla di lei ipoteca. Il suo silenzio, al tempo della notificazione che gli fosse stata fatta delle vendite posteriori, non è di ostacolo all'esercizio de' suoi dritti ipotecarj contro i beni precedentemente stati venduti, cui l'acquirente non avesse preso le necessarie precauzioni per esonerare dal peso della di lei ipoteca mediante la purgazione. Il suo diritto ipotecario è indivisibile. Ella può, a suo piacere, esercitarlo su qualunque dei beni già appartenuti al di lei marito.

Abbiamo supposto fin qui che il marito abbia fatto una seconda vendita dei rimanenti suoi beni; ora immaginando, che invece di venderli, gli avesse ipotecati ad uno o a più persone, la sorte che correrebbe il primo venditore, sarebbe sempre la stessa. Quando la donna volesse favorire i di lui creditori, lasciare illese le loro ipoteche, ella avrebbe sempre il diritto di esercitare la sua azione ipotecaria contro il primo venditore. Io non so qual risorsa gli resterebbe per liberarsi, in questa seconda, ipotesi della precitata azione.

Supponghiamo adesso il caso di chi volesse dare ad imprestito al marito, supponendo in pari tempo uno stato di inazione e d'ignoranza delle precauzioni indicate dalla legge, per ottenere la sicurezza del credito.

In seguito di quanto abbiamo detto fin qui, possiamo adesso spiegarci, in questa seconda ipotesi, molto brevemente. È facil cosa l'immaginarsi che non ostante le inscrizioni che verrebbero prese dai creditori sopra i beni del marito, affetti a loro favore da ipoteche speciali, la moglie che ha la scelta di imporre la sua ipoteca legale su quel fondo che più gli aggrada, in forza del principio della indivisibilità dell'ipoteca, può gravare, quando gli piaccia, del peso della sua ipoteca legale, i beni affetti dalle ipoteche speciali, le quali rimarrebbero tutte senza effetto legale, o quelle almeno che non gli fosse piaciuto di risparmiare.

Dobbiamo nulladimeno osservare che la Corte di cassazione, nel 16 luglio 1821, ha proferito una decisione sommamente importante in una questione di concorso d'ipoteche legali con ipoteche speciali. I motivi di questa decisione sono riportati al n.° 184 del presente Trattato in questo primo tomo.

Questa Corte ha adottato una giustissima misura, la quale senza offendere il diritto dei creditori, muniti d'ipoteca legale o generale, alleggerisce il peso di queste ipoteche in favore di certi tali creditori che non hanno che ipoteche speciali. Ella ha deciso, e con tutta la ragione, come prima di lei aveva giudicato la Corte reale di Nimes, che i primi creditori muniti d'ipoteca speciale, i quali giustificavano aver prestato nella fiducia che le finanze del debitore non fossero interamente distrutte, dovevano godere di qualche vantaggio sopra quelli, che avevano prestato dopo di loro. Ma questa stessa decisione dimostra la realtà degli inconvenienti, che io ho superiormente notati, i cui resultati avvalorano maggiormente la possibilità, o dirò meglio la necessità, che alcuno dei creditori, munito d'ipoteca speciale, trovandosi in concorso d'altri creditori muniti d'ipoteche generali, perda, se non tutto, parte almeno del proprio credito.

Esaminiamo adesso, ciò che potrebbe accadere, allorquando un terzo, ben lontano dall'abbandonarsi ad un periglioso azzardo, che ordinariamente diviene funesto, abbia profittato dei savj consigli, che sembra additargli la legge.

Se si tratta di un acquirente, egli può battere un sentiero altrettanto semplice quanto sicuro. Se ama la propria tranquillità deve astenersi dal pagare il prezzo del fondo acquistato, nell'atto del contratto. Egli deve indispensabilmente eseguire le disposizioni e le misure prescritte dall'art. 2194 del Codice civile, e dal decreto del Consiglio di stato del 1 giugno 1807, per

liberare il fondo comprato dalle ipoteche legali. Lo stabilimento della legalità dell'ipoteca, e il modo di sgravarsene, offrono un singolare artificio mediante il quale il legislatore ha saputo conciliare tutti gli interessi. L'iscrizione non abbisogna che ne' casi di estrema necessità, allorquando cioè si tratta di salvare l'ultima tavola del naufragio. È inutile l'iscrizione, fintanto che la moglie vive tranquilla sull'industria e la buona condotta del marito, e solamente si rende necessaria, allorchè la donna sente la necessità di evitare il sacrificio in cui l'espongono le profusioni e le false speculazioni del proprio marito.

Quante volte abbiamo veduto i compratori imbarazzati ed anco rovinati, per non aver voluto fare la trascrizione, per la sola veduta di risparmiarne le spese! Questi esempj però si sono resi più rari, dopo la legge del 28 aprile 1816, che ordina agli articoli 52 e 54 il pagamento del diritto di registro e cumulativamente quello del diritto di trascrizione. Ed ecco, cosa bene straordinaria, divenuta benefica una legge di finanze, mentre impone a certe determinate persone la necessità d'una buona condotta, ed una estrema vigilanza sulla conservazione del loro patrimonio (1)

(1) Queste difficoltà non esistevano sotto l'editto del 1771. Il principio della decadenza o perdita di dritto dell'ipoteche delle donne, dei minori e degli interdetti, contro i beni dei mariti e dei tutori, per mancanza di opposizione per parte loro alle lettere di ratifica, era stato sanzionato dall'art. 17 del precitato editto. L'articolo 32 confermava questo principio, ammettendo solamente un' eccezione a favore dell'usufrutto non ancora in corso delle donne e dei figli. Lo stesso principio fu confermato dal legislatore medesimo, come resulta dalla dichiarazione del 9 febbrajo 1772, pubblicata a favore della giurisdizione del parlamento di Pau, e sulla domanda del medesimo, che registrò questa dichiarazione nel 14 marzo successivo. L'eccezione alla regola fu basata su gli statuti particolari di quel parlamento, in forza dei quali le doti delle donne ipotecate su i beni dei respettivi loro mariti, rimanevano obbligate ai discendenti del matrimonio ed a quelli che avevano costituito le doti istesse, per una specie di sostituzione legale che si estendeva fino al terzo grado. Il legislatore dispensò dalla necessità dell'opposizione per la dote, in tutta la giurisdizione del detto parlamento, *non ostante le disposizioni dell'editto*. Era impossibile di confermare meglio di così le regole generali.

In conseguenza di questa regola il parlamento di Parigi, con sentenza del 14 luglio 1785 proferì, contro la contessa di Landreville, la decadenza della ipoteca in sicurezza delle di lei doti, per mancanza di opposizione alle lettere di ratifica. La detta sentenza, e la storia dei fatti può riscontrarsi nel mio Commentario all'art. 17 del detto editto del 1771. Egli è pure inserito nella Gazzetta dei tribunali tom. 20 anno 1785 num. 1. Si legge nella storia dei fatti a p. 336 che si trattava della purgazione radicale di tutte le ipoteche competenti alla contessa Landreville *in forza delle convenzioni matrimoniali e del vedovile*. Non si parla punto nè di *dote*, nè di *diritti dotali*, poichè nei paesi sottoposti al regime della comunione, i dritti dotali venivano qualificati di *vedovile* (*requises*), ciò che le vedove hanno dritto

Passiamo adesso all'ipotesi di colui che dà ad imprestito, supponendolo prudente quanto è necessario, per non allontanarsi dalle disposizioni della legge. Costui corre più rischio d'un compratore; poichè quest'ultimo ha il diritto di far trascrivere il contratto d'acquisto, e di purgare il fondo dalle ipoteche legali, come abbiamo qui sopra osservato. Ma tutte queste risorse sono assolutamente estranee alla condizione di chi dà a cambio, sebbene la legge gli offra altri mezzi che lo pongono al coperto da ogni pericolo. Se egli sa che il marito abbia ricevuto in dote una somma considerabile in contante, che abbia stipulato de patti matrimoniali molto gravosi o determinati o eventuali, in questo caso potrà andare d'accordo col marito il quale non potrà rifiutarsi di aderire alle di lui istanze, non tanto in vista del proprio interesse che per un sentimento di delicatezza, ed ottenere una dichiarazione rigorosamente speciale degli immobili, su i quali potrebbe essere ristretta l'ipoteca legale della moglie; di modochè ogni rimanente dei beni del marito rimanendo libero, egli potrebbe su questi prendere con tutta sicurezza un ipoteca speciale. E questi beni inoltre, secondo il respettivo loro valore, potrebbero servire di garanzia a più di un sovventore, e fornire loro altrettante ipoteche che non potrebbero mai fra di loro distruggersi.

Gli articoli 2140 al 2144 del Codice civile offrono tali mezzi. Secondo il disposto del primo di questi articoli il marito può avere adottato il precitato sistema nel contratto stesso di sponsale. Se ciò non è stato fatto, attesa la ristrettezza dei *mezzi*, allora la precauzione sopra notata può adot-

di prelevare dall'eredità prima d'ogni altra persona, come abbiamo esposto nella dissertazione che si legge nel Trattato al nom. 229.

Si è preteso di eludere la disposizione dell'editto per i paesi in cui vigeva il dritto scritto, e per gli Statuti in forza dei quali la dote era inalienabile sostenendo che quella sentenza riguardava un paese sottoposto al regime della comunione. Si sosteneva che la donna poichè aveva la facoltà d'obbligarsi, poteva in ugual modo validamente dispensarsi dall'opposizione. Ma questo sottile ragionamento non si sostiene contro la disposizione altrettanto precisa quanto generale dell'art. 17 dell'editto. L'obbligazione che la donna può stipulare, con consenso del marito, sotto il regime della comunione, non era da paragonarsi all'*omissione* dell'opposizione, i di cui effetti sono molto differenti sotto varj rapporti. Se la Corte di cassazione non ha applicato il disposto dell'art. 17 dell'editto del 1771 nel senso in cui noi ci siamo spiegati, ciò è stato dirimpetto soltanto alla giurisdizione di alcuni parlamenti che avevano rifiutato in tal proposito di eseguire l'editto del 1771. La detta Corte si partiva dalla massima, che la giurisprudenza uniforme e costante di un parlamento teneva luogo di legge in tutta l'estensione della di lui giurisdizione, e che ivi doveva considerarsi come legge in pieno vigore. Veggasi una sentenza della Corte di cassazione del 23 pratile anno 13, sezione civile, riportata nel *Repertorio di giurisprudenza* alla parola *Lettres de ratification* num. 2, ed è questa pure un'eccezione che conferma la regola.

tarsi egualmente pendente il matrimonio, in forza degli altri articoli, e la spesa necessaria per questa operazione è di poca entità. Queste disposizioni sono comuni ai mariti, ed ai tutori dei minori e degli interdetti. Se, parlando del primo, queste stesse disposizioni, attesa l'esuberanza dei diritti della moglie in confronto al valore dei beni, non possono eseguirsi, allora il marito si troverà nella, per lui, fortunata impossibilità di ingannare chicchessia, essendo cosa assai rara il trovare chi cada in tanto errore. Si pretenderà forse che tutte queste formalità riescano incomode per un marito, per un tutore? In questo caso è necessario l'astenersi ugualmente dal dare o da prendere a cambio, e così saranno eliminate tante questioni, che fan fede delle calamità nelle quali inciampano i cittadini, che non sono abbastanza cauti e diligenti. La legge non doveva ne poteva proteggere che le speculazioni fondate sopra savie ed oneste vedute. È stato invocato l'ipoteca giudiciale, in difesa ed appoggio del nocevole intralciamento delle ipoteche legali e generali colle ipoteche speciali, ma l'ipoteca giudiciale è di sua natura generale. E, considerandola sotto il rapporto dell'interesse particolare del creditore, è manifesto che questo può munirsi delle necessarie notizie sopra i mezzi e l'idoneità del suo debitore, nel modo stesso che qualunque altro creditore munito di speciale ipoteca. Considerando poi questa stessa ipoteca giudiciale in rapporto all'interesse di ogni altro creditore od acquirente, egli è egualmente manifesto, che costoro non possono essere indotti in errore, e che non solamente deve essere resa pubblica per mezzo dell'iscrizione, ma può venire anco ristretta. Le stesse osservazioni militano a favore dell'ipoteca sopra i beni futuri, autorizzata dall'articolo 2130 del Codice civile. Il terzo non può essere ingannato, poichè i beni che vengono progressivamente in possesso del debitore, devono essere gravati dell'iscrizione a mano a mano che prendono posto nel di lui patrimonio.

Il punto essenziale consiste in questo, che le ipoteche, o speciali o giudiciali, possono essere imposte su i beni immobili liberi, che non siano più in contatto con l'ipoteche legali, mentre da un'altra parte altri beni immobili sono specialmente gravati da simili ipoteche. Noi abbiamo già dimostrato in qual modo la legge ci procura questo vantaggio.

Abbiamo egualmente osservato che se esistono delle ipoteche, che debbono necessariamente essere rese pubbliche per mezzo dell'iscrizione, fino dal momento in cui vennero costituite, le altre ipoteche che sembrano doverne andare esenti, divengono egualmente pubbliche dall'istante in cui, il terzo sollecito del proprio interesse, ne provoca la pubblicità.

Esistono ancora altre ipoteche legali, indipendentemente da quelle del-

le donne, cioè quelle a favore dei minori e degli interdetti: ma queste ipoteche riguardano particolarmente coloro che sono obbligati a render conto, e sono sottoposte alla formalità delle iscrizioni, dimodochè è chiaro che nissuno può cadere in notabile errore sul conto di simili ipoteche.

PARAGRAFO III.

QUALI SONO GLI INCONVENIENTI DELLA *SPECIALITA'* NEL MODO CON CUI È STATA ORGANIZZATA DALLA LEGGE, E QUALI SONO I MEZZI DI RIMEDIARVI.

Parliamo adesso di alcune imperfezioni che esistono nella legge: queste imperfezioni investono i dettagli, ma questi dettagli sono importantissimi allorquando si tratta di una legge la di cui esecuzione, a differenza di tutte le altre leggi, si risolve in una specie di giuoco meccanico a cui può egualmente nuocere o la troppa o la poca precisione di una molla.

L'opera scritta dal signore Hua, attualmente avvocato generale alla Corte di cassazione, e da esso pubblicata nell'anno 1812 mi permette di esser breve. Quell'opera fu letta con interesse e ben meritava di esserlo, sebbene non tratti che di ciò che appartiene alla specialità: (1) Io mi limiterò adunque a delle semplici osservazioni.

La *pubblicità* dell'ipoteca imponeva il bisogno di ricorrere alla *specialità*, cioè a dire, ad una determinata applicazione dell'ipoteca, tale che servisse a riconoscere facilmente i fondi che ne venissero gravati. Ma per conseguenza di una troppa scrupolosa ricercatezza, spinta oltre la necessità, si vennero a stabilire più mezzi che non bisognava per conoscere le ipoteche, nè potè ottenersi questa eccessiva ed inutile soprabbondanza di mezzi, che mediante delle formalità sulle quali era facile il cadere in errore, e questo errore si puniva con la perdita di quei diritti, per la conservazione dei quali era stata creata la legge.

Se si trattava di ipotecare una tenuta composta di più poderi, fu creduto che non poteva esservi ipoteca speciale, che corrispondesse al voto della legge, se ciascheduno di questi poderi non veniva compreso nell'ipoteca. Per esempio, un proprietario ipotecava effettivamente tutti i suoi beni presenti, ma questa dichiarazione, sebbene contenesse il nome del circondario nel quale i beni erano situati, non bastava; bisognava che l'ipoteca fosse imposta sopra ciascheduno di detti beni nominativamente. (2)

(1) L'opera è intitolata: *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothéquaire.*

(2) Art. 2129 del Codice civile.

La legge esigeva l'indicazione della qualità e della situazione dei fondi. (1)

Queste due espressioni *qualità* e *situazione*, sono state la sorgente d'infinite questioni. E di fatti facilmente si comprende, fino a qual segno possa esercitarsi la sottigliezza, quando si pretenda, accumulando dettagli assolutamente inutili dirimpetto alla buona fede, di avere tutte le spiegazioni e le notizie sulla *qualità* e *situazione* di un fondo.

Ciò non ostante è facile il capire, che servirebbe che i terzi conoscessero, sotto una denominazione generale, i beni che vengano dal debitore ipotecati, in qualunque luogo siano posti; poichè il creditore prenderebbe un iscrizione in ciaschedun circondario, ed ecco, se così piace, l'ipoteca generale dei beni presenti; ma perchè pretendere un altro sistema subito che l'enunciato è conforme alle intenzioni dei contraenti, e adempie il voto della legge? l'ipoteca sussisterebbe sempre, e sussisterebbe senza equivoci. E colui che, in seguito di una tale iscrizione d'ipoteca, volesse prestar denaro allo stesso debitore, potrebbe fare un raziocinio ben semplice, per convincersi della propria sicurezza: non avrebbe che a ricercare in qual circondario sia situato il fondo che vuolsi a di lui favore ipotecare, e consultare i registri del conservatore delle ipoteche di quel circondario. E se egli venisse in cognizione dell'esistenza di una iscrizione su questi beni medesimi, saprebbe ancora, che il fondo che gli viene offerto per sicurezza del proprio credito, è già gravato da precedente ipoteca.

Io in vero dire non pretendo sostenere che non sia cosa utile l'aver determinato più particolarmente la specialità della ipoteca: ma se si fosse adottato, a ragione d'esempio, una più estesa latitudine, siccome mi sembra dimostrato, che in questa guisa non si troverebbe ostacoli, per giungere alla cognizione della ipoteca, mediante la di lei applicazione ai fondi ipotecati; così intendo dimostrare, quanto sia facile il far di meno di certe formalità, delle quali si è voluto fare un bisogno.

Esaminiamo adesso il caso in cui chi prende ad imprestito, per il proprio interesse, e col consenso del sovventore, volesse scegliere il sistema della ipoteca nominativamente e tassativamente speciale. In questo caso, trattandosi di ipotecare un patrimonio composto di beni fra di loro vicini e di parti separate, distaccandole dal complesso dei beni del debitore, facil cosa sarebbe ottener l'intento, senza aver ricorso alle precauzioni che la legge sembra indicare, enunciando il nome particolare della fattoria, la comunità e il circondario ove trovasi situato. Vi sarebbe egli luogo ad ingannarsi nel caso che esistesse un'altra iscrizione che contenesse le medesime indicazioni?

(1) Art. 2148 num. 5. del Codice civile.

Ma se si tratterà d'ipotecare una sola parte di quel corpo di beni, allora la specialità, dovrà essere nel più rigoroso senso osservata, perchè sarà l'unico mezzo di far conoscere il fondo ipotecato. In questo caso solamente sarà necessario l'enunciare non solamente la specie e la continenza del fondo, ma ancora la di lui situazione, descrivendo i poderi adiacenti e confinanti, e se non tutti almeno qualcuno, non meno che il nome della comune e del circondario. Che la qualità cangi, non nuoce, poichè la menzione dei confini non lascerà dubbio, sulla qualità del fondo, all'epoca della presa iscrizione.

Quindi il vizio della legge attuale in questa parte, nasce dall'avere voluto esigere una forzata specialità in tutti i casi, invece di lasciarne il libero esercizio alle parti interessate; e dall'aver immaginato maggiori difficoltà di quelle che realmente esistono, per dare una piena cognizione dei fondi ipotecati. Che si lasci più o meno generalizzare, più o meno particolarizzare o specializzare, ma solo s'invigili che niuno possa, senza una aperta mala fede, restare incerto della situazione delle ipoteche.

E ciò non è tutto ancora: le formalità sono divenute più rigorose e si sono moltiplicate allorquando si è trattato d'enunciare nella iscrizione il nome e il cognome del debitore, la sua professione se ne esercita alcuna, il suo domicilio, la data e la natura del titolo, e l'epoca della esigibilità.

Gli errori o le inavvertenze dalle quali è sì difficile il preservarsi, allorchè siamo costretti ad osservare tante e sì rigorose formalità, e specialmente dopo che i tribunali crederono di dovere applicare all' omissione di qualcheduna di esse, la pena della *nullità*, sono state causa di tanti disastri, che lo spirito protettore delle transazioni, conservatore dei diritti e delle proprietà, col quale fu immaginata la legge, era quasi scomparso, e mostravasi sotto l'aspetto di quella severità, che il legislatore non spiega che contro ciò, che la legge è costretta ad ammettere suo malgrado.

Tutto si riduce frattanto a semplicizzare le forme, in modo che non debba rimaner dubbio o incertezza nelle espressioni dell'inscrizione, che si riferiscono al debitore, al creditore, all'importare del credito, ed all'oggetto ipotecato. Il sig. Hua ha perfettamente dimostrato con quali mezzi possano prevenirsi simili inconvenienti, e dobbiamo renderli giustizia, col dire che le sue osservazioni, per l'impressione che fecero sullo spirito dei magistrati, contribuirono a introdurre le savie modificazioni, riportate in una giurisprudenza successiva a quella precedentemente ammessa. Si veda il Trattato al num. 70 e seguenti. Si può dire che simili casi sono nel

numero di quelli, sui quali la giurisprudenza ha campo di esercitare il suo impero, mentre sono i più suscettibili di interpetrazione. Intanto se la legge venisse rivista, il legislatore potrebbe adattarvi delle regole più positive, e la giurisprudenza, attualmente esistente, fornirebbe i mezzi di migliorarla.

PARAGRAFO IV.

È ELLA GIUSTA LA CRITICA FATTA SULLA NECESSITA' DI PAGARE TUTTI I DEBITI ESIGIBILI E NON ESIGIBILI, ORDINATA DALL' ARTICOLO 2184 DEL CODICE CIVILE, A QUALUNQUE COMPRATORE CHE VOGLIA PURGARE IL FONDO, PIUTTOSTO CHE ACCORDARGLI IL TEMPO CHE L' ARTICOLO 30 DELLA LEGGE DI BRUMAIO CONCEDE AL DEBITORE?

Molte persone hanno veduto con pena sostituirsi alle disposizioni dell'articolo 30 della legge di brumajo quelle dell'articolo 2184 del Codice civile. Il diritto di liberarsi concordando lunghe scadenze, o convenendo la prestazione di un frutto, dicono eglino, facilita le vendite e respettive compre, e torna in profitto di colui che è costretto a vendere, perchè questo diritto produce ordinariamente un rincaro di prezzo sulla vendita. Egualmente, proseguono essi, l'abolizione dell'articolo 30 della legge di brumajo, che ordinava che l'acquirente, non ostante la trascrizione e la purgazione delle ipoteche, dovesse o potesse liberarsi nel modo stesso, che era lecito di fare al venditore, ha prodotto spesse volte funesti effetti.

I critici vedrebbero, nella rinnovazione dei principj della legge di brumajo, un vantaggio per il debitore oberato, che si trova costretto a vendere; non ne resulterebbe perciò una diminuzione di garanzia a favore del creditore, poichè questi rimarrebbe nella situazione nella quale lo avessero posto le sue antiche convenzioni, situazione dalla quale sarebbe ingiustizia l'escluderlo. Egli conserverebbe sempre tutti i suoi diritti, la sua ipoteca non cesserebbe di stare accesa su tutti i fondi che ne fossero rimasti affetti, e non solo conserverebbe l'azione personale contro il debitore che ha venduto, ma acquisterebbe inoltre una nuova personale azione contro il compratore.

Il venditore solo si trova aggravato, per causa del consenso che presta all'acquirente, di profittare delle circostanze vantaggiose, nelle quali si trova, per la dilazione del pagamento, o per la non esigibilità del credito, giacchè non ostante la vendita egli rimane sempre esposto all'azione competente al creditore. Ma se, in questo stato di cose, egli trova il suo interesse perchè mai vietarcelo?

Finalmente tutti coloro che manifestano tale opinione, potrebbero basarsi sul consiglio di uno dei più sapienti ed abili giureconsulti del decimo sesto secolo, il quale si dichiara per il caso medesimo dell'antico decreto forzato, che è quello nel quale potevano incontrarsi maggiori difficoltà. Non credo affatto inutile il riportare le espressioni di questo giureconsulto.

Dopo di aver il medesimo esaminàto la questione sotto ogni rapporto, egli prova che non vi era alcun motivo di far nascere la necessità del riscatto delle rendite, a cui unicamente aveva interesse la parte staggita, e non il creditore della rendita per la ragione *che da ora innanzi egli avea due obbligati per uno.* Egli osserva che sebbene fino dai suoi tempi, in forza del decreto si fosse praticata la necessità del riscatto, *ciò fu per effetto di negligenza. Ora simile negligenza non deriva forse dal non aver conosciuto da vicino la causa di detto forzato riscatto?*

Egli conclude finalmente così: » Ma specialmente adesso che il danaro » è raro e che molti porterebbero a più alto prezzo i beni, di cui viene decretata la vendita, se pensassero di essere esenti dal formarsi una vendita dei » beni aggiudicati; io sono d'opinione che sia un buono espediente per i » poveri debitori, onde procurargli una miglior vendita dei loro beni, quello » di fare istanza, perchè gli aggiudicatarj vengano ammessi a ritenere il » prezzo ad interesse, rimanendone però sempre obbligati, dichiarando che » eglino si contentano di riportare la loro sicurezza e la loro rilevazione, » sopra i beni degli aggiudicatarj per il caso che venissero in progresso molestati dal creditore, per cagione del frutto, ciocchè a mio parere non può essere denegato » (1).

Ma non ostante tale ragionamento che ho veduto sostenere con calore, sono d'opinione che debba lasciarsi sussistere il principio ammesso dalla legge attuale. Secondo un' antica giurisprudenza, il decreto forzato, e il decreto volontario davan luogo al pagamento di tutti i debiti che avevano una determinata scadenza, e di tutti i capitali di rendita. Questa stessa giurisprudenza perseverò sotto l'impero dell'editto del 1771, relativamente agli effetti delle lettere di ratifica; la quale giurisprudenza era il resultato di molte difficoltà che l'esperienza aveva fatto scoprire, ed in seguito della quale l'opinione sola di Loyseau non aveva potuto essere ammessa.

Questa opinione non avrebbe potuto tanto poco essere messa in pratica, che nel solo caso in cui l'oggetto venduto, fosse stato gravato della sola ipoteca inerente al credito non esigibile. Ma fuori di questo caso, e nel concorso di crediti esigibili, e non esigibili, le difficoltà si presentavano sotto un

(1) Loyseau du déguerpissement cap. 9 num. 4, 5, 6 7 e seguenti.

infinità di rapporti. I creditori, i di cui crediti avevano una scadenza determinata, o consistevano in rendite ma che erano anteriori in ipoteca, potevano essi veder di buon occhio, che i creditori posteriori, per la sola ragione che avevano dei crediti d'immediata esigenza, venissero pagati avanti di loro sull'oggetto venduto? quanti pericoli rimanevano ad incontrarsi, quante misure a prendersi, per assicurarsi della restituzione dei crediti che non avevano l'immediata esigibilità!

D'altronde la rinnovazione delle massime della legge di brumajo, nella materia di che si tratta, porterebbe a delle contradizioni. Lo scopo dell'intiero regime ipotecario è quello di separare le ipoteche dal fondo, e convertirle in azioni sul di lui prezzo. Ora questa regola deve essere generale: l'effetto della transcrizione e della purgazione delle ipoteche, deve essere unico ed indivisibile, riguardo a tutti i creditori iscritti; senza di che potrebbe dirsi (e con maggior fondamento che in altre occasioni) che questo sarebbe il vero mezzo di moltiplicare delle incomode eccezioni.

In fine si ritorna sempre su questa stessa materia, sia nell'uno che nell'altro dei due casi previsti dagli articoli 1912 e 1913 del Codice civile. Prescrivono questi, che il capitale di rendita costituita e perpetua, diventi esigibile, ogni qual volta il debitore resti moroso, a somministrare al sovventore le cautele convenute nel contratto, qualora cade in stato di fallimento o di decozione. L'ammettere l'idea che io ho creduto dovere impugnare, sarebbe un distruggere la consonanza e l'accordo, che deve necessariamente regnare fra il sistema ipotecario e le altre parti della legislazione. Il pretendere di perfezionare la legge in un sol punto sarebbe una sorgente infinita di difficoltà e di cause.

PARAGRAFO V.

OSSERVAZIONI SULLO SPIRITO COL QUALE DEBBONO ESSERE DECISE LE QUESTIONI, IN CASO DI DUBBIO, SU QUESTA MATERIA.

Egli è difficile che non vi siano delle differenze d'opinioni, specialmente in giurisprudenza, ove il campo il più vasto è sempre aperto all' interpetrazione. Intanto, nella soggetta materia, si potrebbe stabilire un limite a queste differenze, attenendosi ad una regola che sembra incontrastabile. Questa regola consiste in questo, che quando esistesse qualche dubbio sul modo di interpetrare la legge, in questo dubbio stesso deve propendersi alla pubblicità, poichè questa pubblicità è nello spirito della legge, e ne forma il siste-

ma e la base fondamentale. Egli è manifesto che con questo metodo è meno difficile lo smarrirsi. Propendendo per la pubblicità la decisione sta a favore dei terzi, e non vi è alcun dubbio, che nelle viste del legislatore l'interesse pubblico è a contatto di quello dei terzi. Se si trascura il sistema della pubblicità, si può cadere nell'inconveniente di proteggere, principalmente, l'interesse dei particolari, che sono ben altra cosa che l'interesse pubblico, e che debbono combinarsi con ciò che il legislatore ha creduto di dovere stabilire per la generale sicurezza. L'esperienza ci dimostra quanto sia importante per la giustezza delle decisioni di penetrarsi di questa idea. (1)

PARAGRAFO VI.

SERIE DELLE IMPERFEZIONI LE PIU' RIMARCHEVOLI NELLA NUOVA LEGGE

Queste imperfezioni non dipendono, come sarà facile il giudicarne, dalle critiche scagliate da lungo tempo contro l'attuale legislazione, e che formano il soggetto di quanto abbiamo detto fino al presente. Tali imperfezioni non percuotono le basi fondamentali di questa legislazione; e possono togliersi di mezzo, lasciando sussistere il sistema nel quale la legge è stata emanata. Io passerò in rivista tali imperfezioni, e indicherò a mano a mano i numeri del Trattato nel quale esse vengono esaminate, onde potersene formare una idea più precisa. Io ho creduto che questa esposizione faciliterebbe le nozioni più utili sull'insieme della legislazione relativa alle ipoteche, ciò che forma il soggetto del presente discorso.

1.° Si legge nell'art. 2130 del Codice civile.» Se i beni presenti e liberi del

(1) È probabile che questa osservazione debba applicarsi alla questione, di sapere se l'azione delle donne a ripetere i beni stradotali, o parafernali sia esente, o nò, dalla formalità dell'inscrizione, giacchè non è da tacersi che una tal questione non presenti molti dubbj. Dobbiamo qui fare un osservazione. Il presente discorso era già scritto, la stampa del secondo tomo del Trattato già terminata, allor quando alcuni giornali pubblicarono, che la Corte di cassazione con sentenza del 10 giugno 1822 aveva stabilito che l'azione della donna per ripetere i beni stradotali, era esente dall'inscrizione ugualmente che il privilegio della dote. Può riscontrarsi una dissertazione su questa materia al num. 229 del Trattato tom. 1. che si riferisce a quanto è stato detto ai num. 227 e 228. Noi crediamo dovere adottare l'opinione che l'azione predetta della donna è soggetta all'obbligo dell'inscrizione; che la sola dote e le convenzioni matrimoniali unicamente ne sono esenti. La Corte reale di Riom prima camera, ha proferita una sentenza sugli stessi principj nel 4 marzo 1822 che si trova riportata al num. 230 del Trattato. Mentre io scrivo questa nota la decisione della Corte di cassazione non è conosciuta ancora, ella è soltanto stata annunziata. Deve sperarsi che la giurisprudenza giunga ad essere positiva in rapporto a questa importante materia.

debitore sono insufficienti alla sicurezza del credito, egli può, facendo menzione di questa insufficienza, acconsentire che ciascuno dei beni, che acquisterà in progresso, rimanga affettò ed obbligato al creditore dal momento dell'acquisto. » Sembra incontrastabile secondo l'opinione generale, che l'iscrizione sui i beni *futuri* a favore del creditore sia indispensabile, permettendo la legge l'imposizione dell'ipoteca su i beni, che il debitore acquista in progresso di tempo, sia che questi beni gli pervenghino a titolo di compra o altrimenti.

Ma egli profitterà raramente di questo dritto della legge, quando non gli venga accordata una dilazione dall'epoca della vendita dei beni, o di ciascheduno acquisto, che ne sarà fatto dal debitore, onde possa prendere la sua iscrizione, durante la quale dilazione non potrebbe esserne presa da altri creditori in suo pregiudizio. Questo creditore non può sempre scoprire il momento in cui, i beni già ipotecati in forza di convenzione, pervengono in possesso del debitore. L'editto del 1673, di cui abbiamo parlato nel paragrafo 1. accordava (art. 27) al creditore, in simil caso, una dilazione per fare registrare la sua opposizione, la quale equivaleva all'attuale iscrizione, dal giorno di ciascheduno acquisto, o dal giorno della scadenza del pagamento dei beni. Ved. tom. 1. num. 62.

2.° Egli è necessario il determinare, in proposito di espropriazione forzata, l'epoca nella quale l'iscrizione acquista il suo effetto legale, di manierachè dopo quest'epoca la rinnovazione dell'iscrizione si rende inutile. Quest'effetto legale si acquista egli del momento della aggiudicazione, o solamente all'epoca dell'introduzione del giudizio d'ordine? La legge non ne fa menzione: questa questione è stata proposta molte volte, e le opinioni sono divise. La Corte di cassazione non ha ancora deciso niente in proposito. Tutto tende a dimostrare che la rinnovazione dell'iscrizione si rende inutile dopo l'aggiudicazione. Sarebbe infruttuosa la spesa di nuove iscrizioni senza bisogno. Questa difficoltà merita l'attenzione del legislatore. Vedi i num. 108, 109 e 110.

3.° A tenore dell'art. 2146 del Codice civile è nulla qualunque iscrizione che sia stata presa sopra un'eredità, accettata in seguito con benefizio di inventario. Questa massima che sembra non aver avuto altro oggetto che le successioni toccate in sorte ai maggiori, è ella applicabile alle successioni toccate in sorte ai minori? Allorquando perviene ad essi una qualche eredità, l'art. 461 prescrive che non possino essere accettate se non con benefizio d'inventario, qualora il tutore non sia autorizzato a ripudiarla. Allorquando la ripudia non è autorizzata, e se da quel momento ne vien permessa l'accettazione, non può dirsi che l'eredità debba repu-

tarsi in stato di insolventezza, o di decozione dalla quale solamente nasce il principio di nullità dell' iscrizione. L' iscrizione su i beni, provenienti per eredità ai minori, deve in conseguenza, in questo caso, essere autorizzata. Esiste nulladimeno su tal proposito incertezza e divisioni d' opinioni. Questo punto merita l' attenzione del legislatore. Si rende necessario di evitare, specialmente senza necessità, l'impossibilità di inscriversi per parte dei creditori, e di non moltiplicare le perdite del diritto all'ipoteche. Vedi il num. 122.

4.° La legislazione e la giurisprudenza presentano da lungo tempo delle variazioni, sul diritto che possono avere in Francia, tanto sotto il rapporto dell' esecuzione che delle ipoteche, le sentenze emanate negli stati stranieri, fra un suddito di questi stati ed un Francese. Secondo lo stato dell'attuale legislazione, sembra che il diritto di appellare avanti un tribunale Francese da queste sentenze, appartenga respettivamente allo straniero ed al francese, mentre che, nel tempo trascorso, non apparteneva che al Francese che fosse stato condannato.

Questo stato di cose presenta dei gravi inconvenienti, anco per il Francese, i di cui diritti sono stati riconosciuti da una sentenza emanata in uno stato estero. Non sarebbe forse nelle viste d'una saggia legislazione che, le sentenze emanate in paese straniero, fossero sempre permanenti riguardo a ciò che forma il merito, salve le misure infinitamente semplici che dovrebbero prendersi, onde stabilire il sistema d' esecuzione di queste sentenze in Francia, e per accordarli l' ipoteche sugl' immobili situati nel suo territorio? Io ho creduto necessario sottoporre alla saviezza del legislatore alcune riflessioni morali e politiche su questo soggetto. Vedi il num. 222.

5.° L' esenzione dell'iscrizione, accordata alle ipoteche legali delle donne e a quelle dei minori, dovrebbe cessare al momento, che le donne diventano vedove, ed i minori diventano maggiori; lo stesso dovrebbe essere dei loro eredi. L'effetto deve cessare colla causa: ciò non ostante, a tenore di una decisione del Consiglio di stato dell' 8 maggio 1812, debbono osservarsi per la purgazione delle ipoteche in tutti i casi, e si osservano difatti, le stesse formalità, come se si trattasse di purgare le ipoteche legali, di fronte ad una donna tuttora vivente e maritata, o di minori che fossero ancora sotto il vincolo della tutela. Le stesse formalità si osservano, egualmente, riguardo agli eredi della donna e dei minori. È facile il comprendere che queste formalità in tutti i casi sopraccitati, e seguendo lo spirito medesimo della legge, rimangono assolutamente inutili e senza oggetto, mentre sono però di grave spesa. L'idea stessa della inutilità di tali formalità, in simil circostanze, può essere cagione

di fatali equivoci ai terzi possessori. Una riforma in questa parte della legge si rende indispensabile. Vedi il num. 245.

6.° È questione di difficilissima soluzione quella di sapere, se il terzo possessore che vuol purgare, e che preferisce la cessione per via della ipoteca al pagamento del credito, abbia il diritto o nò, di ritenzione sul fondo, per le spese dei miglioramenti che vi avesse fatti, o se al contrario, non ha che un semplice diritto di ripetere queste spese, per cagion delle quali debba essere sottoposto al giudizio d'ordine. Le opinioni sono discordi su tal proposito: è necessaria una spiegazione legislativa. Sarebbe facile stabilirne le massime con una breve addizione all'art. 2175 del Codice civile. Vedi tom. 2.° num. 336 e 337.

7.° Siamo adesso a quella parte di legislazione, nella quale la necessità di renderla migliore, si fa più sensibile. Si tratta del sistema di pubblicità degli atti traslativi della proprietà di fronte ai creditori che devono esercitare la loro azione ipotecaria, o il loro privilegio alla sequela della notificazione che deve essergli fatta di simili atti.

Esiste un doppio sistema di pubblicità di questi atti di alienazione, mentre basterebbe uno solo, poichè avrebbe lo stesso oggetto, ed otterrebbe lo stesso scopo. La trascrizione dell'atto di alienazione, su i registri del conservatore delle ipoteche, è indispensabile relativameute alle ipoteche ordinarie *art.* 2181. Il semplice deposito del contratto in cancelleria, e la di lui affissione nella sala d'udienza senza precedente trascrizione sono prescritte, specialmente per la validità delle ipoteche legali *art.* 2194. Vi sono inoltre dei casi in cui, e l'uno e l'altro modo di pubblicità, si rendono cumulativamente indispensabili. Da ciò nascono delle difficoltà, che incomodano in varie parti del regime ipotecario, e che formano soggetto giornaliero di gravi questioni avanti a' tribunali. Il termine di quindici giorni dalla data della trascrizione del contratto d'alienazione, su i registri del conservatore sul quale i creditori debbono farsi iscrivere, è d'altronde manifestamente insufficiente. Questa insufficienza si rende sempre più sensibile, se si osserva che la trascrizione è un atto puramente materiale, che rimane nascosto nei registri del conservatore.

Quanto alle ipoteche legali si osserva un vuoto nella legge: le formalità cessano alla pubblicità dell'atto traslativo di proprietà, che resulta dall'affissione nella sala d'udienza. Si è trascurato di spiegare qual sarebbe l'effetto del silenzio dei creditori muniti d'ipoteche legali. Questa affissione è ella sufficiente a provocare il rincaro, come l'inscrizione nei due mesi a datare dal giorno dell'affissioue? È stato necessario il determinarsi, abbandonandosi a

delle difficili interpretazioni, ed avendo ricorso all'espediente delle analogie. L'inscrizione di queste ipoteche legali deve aver luogo; ma deve credersi che la mancanza dell'inscrizione, arrechi vantaggio solamente al nuovo proprietario, nel rapporto che l'immobile rimane libero nelle di lui mani dalle ipoteche legali, ed è sempre questionabile se la mancanza d'iscrizione nei due mesi dopo l'affissione stia a vantaggio dei creditori; cioè, se malgrado il difetto d'iscrizione nel termine indicato, i creditori muniti d'ipoteca legale non possino prender parte nel giudizio d'ordine in concorso degli altri creditori. La questione è stata recentemente decisa contro la donna, che non aveva presa inscrizione, da una sentenza della Corte di cassazione del 21 novembre 1821; ma questa decisione riguarda unicamente il caso di espropriazione forzata, e la difficoltà rimane sempre di fronte a tutti gli altri casi.

Vi sono finalmente dei privilegj come quelli indicati nell'art. 2101 che sono esenti dalla inscrizione (*art.* 2107). Gli incomodi e le difficoltà sono, anco per questo lato, le medesime per i nuovi proprietarj, nel provocare le inscrizioni ed i rincari dei creditori, e per determinare l'effetto della mancanza d'inscrizione riguardo ad altri creditori, quando si viene al giudizio di ordine. Senza dubbio tutte queste difficoltà saranno superate; ma quanti penosi tentativi, e di incerto evento, non avrebbe potuto risparmiarsi il legislatore?

Penetrati come noi siamo dei gravi inconvenienti che resultano da tali mancanze, abbiam creduto poter sottoporre, alla saviezza del legislatore, alcune osservazioni sopra un sistema di pubblicità, delle iscrizioni di ogni creditore, che dovrebbe essere adottato in un certo determinato termine. Questa idea è attinta dall'editto del 1771, del quale se ne scorge un'imitazione nell'art. 2194. Si può ritenere quanto il citato editto prescriveva, per la pubblicità dell'atto di alienazione solamente, senza derogare al principio fondamentale della pubblicità dell'ipoteca.

Queste osservazioni si troveranno nel tom. 2 num. 352. Tutte le difficoltà che fanno desiderare un sistema uniforme col quale si renda noto l'atto d'alienazione, sono enunciate in più parti del Trattato e specialmente ai num. 266, 457 e 490.

8.° Eccoci finalmente a un altro oggetto di riforma della più grande importanza. Reca maraviglia come sotto un sistema ipotecario esistano dei privilegj, o delle ipoteche che non possono essere purgate. Questo è però ciò che succede riguardo al privilegio per il prezzo di vendita di immobili, e meno forse per una conseguenza della nostra legislazione che per il resultato di una giurisprudenza già formata. Che il venditore prenda o non prenda iscrizione

per il prezzo della cosa venduta, egli potrà sempre, in mancanza di pagamento di questo prezzo ed in qualunque stato si trovino le cose, dimandare la risoluzione della vendita e la restituzione del fondo alienato. Resulta da ciò, che un acquirente nega di pagare il prezzo, a meno che non gli vengano presentate le ricevute dei pagamenti delle antiche vendite, le quali potranno rimontare a quaranta, o a cinquant'anni, e forse ad un'epoca più remota. I venditori ne risentono gravi inconvenienti, e specialmente quegli che appartengono alle classi inferiori, ove i titoli di proprietà e di libertà dei fondi sono stati con assai minor cura conservati. Si rende necessario adottare delle misure, che concilino l'interesse degli acquirenti con quello dei venditori. Si osservi quanto ne abbiam detto in proposito al num. 382 tom. 2.°. Le misure da prendersi in questo caso si avvicinano alle osservazioni indicate al num. 352, sulla necessità di un sistema uniforme di pubblicità degli atti traslativi della proprietà.

Altre disposizioni della legge vi sono nelle quali esistono delle imperfezioni. Potranno queste riscontrarsi nel corso del Trattato, poichè in questo discorso ci limitiamo a rilevare le più importanti.

Egli è facile che questa mia opera possa sembrare in certi punti prolissa, ma debbo osservare che la materia di cui tratto è di sua natura astratta e complicatissima. Aggiungerò che aveva tentato di renderla in qualche luogo più breve, conservando nulladimeno il lavoro più esteso che aveva già precedentemente intrapreso. Rapporto a ciò che era stato esposto più laconicamente, noi ci fondavamo sopra notizie che credevamo generalmente conosciute, ed avevamo in mira, per quanto dipendeva da noi, il merito della concisione, che è sempre da stimarsi in opere di questa natura: ma una persona illuminata, cui pregai di leggerne una parte di quest'opera da noi scritta in stile rapido e conciso, mi confessò con franchezza non capirvi niente: e questa stessa persona avendo in seguito letto, ciò che aveva scritto prima sulla stessa materia, con stile più esteso o prolisso, e che a me stesso non andava a genio, mi assicurò e mi persuase che vi si comprendeva ogni cosa perfettamente, e mi consigliò a dar la preferenza alla prima redazione. Ciò avvenne particolarmente rapporto alla sezione II del cap. 1.° della 2.ª parte, la quale comprende alcune dissertazioni, sopra oggetti, in cui è necessaria una somma cura per bene spiegarsi. Si comprenderà quindi che noi abbiamo dovuto deferire al consiglio che ci fu dato, sebbene possa credersi che io ne abbia troppo abusato, per evitare qualche volta l'incomodo di essere più breve, e per dispensarmi dall'impiegarci il tempo necessario. Se qualcheduno avesse bramato che un maggior numero di questioni fossero state discusse in quest'opera,

rapporto specialmente all'espropriazione forzata, noi osserveremo che abbiamo dovuto limitarci all'esame di tutto ciò che ci è sembrato il più essenziale sul diritto ipotecario propriamente detto, e che noi presentiamo al pubblico un Trattato *delle ipoteche*, e non un Trattato *dell'espropriazione forzata*, cose fra di loro differenti, nonostantechè, su quest'ultima materia, io abbia trattato questioni di molta importanza.

Io ho fatto ogni mio sforzo per rendere quest'opera di utilità, il pubblico giudicherà se ho conseguito l'intento. Oso, in ogni caso, sperare che quest'opera potrà servir d'aiuto a comporne una migliore.

FINE DEL DISCORSO PRELIMINARE.

TRATTATO
DELLE IPOTECHE

Divisione dell' Opera in due parti.

1. Dividerò quest' opera in due parti.

Nella prima dirò quali sono le differenti specie d'ipoteche, come si costituiscano, e si conservino, e come possino essere modificate e ridotte. Tratterò inoltre dei privilegj su i mobili.

La seconda parte avrà per oggetto i mezzi di purgare l'ipoteche e i privilegj sugli immobili, sia nel caso di vendita volontaria accompagnata dalla trascrizione, sia nel caso di espropriazione forzata accompagnata da aggiudicazione. Si vedrà inoltre il modo con cui i privilegj e le ipoteche si estinguano, indipendentemente dal modo di purgarli.

PARTE PRIMA

DELLE DIFFERENTI SPECIE D'IPOTECHE, DEL MODO CON CUI SI COSTITUISCONO, SI CONSERVANO, E SI MODIFICANO. DEI PRIVILEGJ SUI MOBILI.

Divisione della parte prima.

2. Suddividerò in quattro capitoli quanto devo dire in questa prima parte; e m' occuperò,

I. Dell' ipoteca convenzionale;
II. Dell' ipoteca giudiciale;
III. Delle ipoteche legali;
IV. Dei privilegj sopra i mobili.

Mi riserbo a trattare dei privilegj degli immobili nella seconda parte; e ne tratterò coerentemente ai principj generali sulla trascrizione: questo metodo faciliterà l'intelligenza dei principj, che saranno sviluppati, evitando le ripetizioni (1).

(1) Non rechi maraviglia, se in questo Trattato non seguo, sulla natura delle ipoteche, l'ordine stabilito dal Codice civile, ove è stato detto in una divisione generale art. 2116 che l'ipoteca è o *legale* o *giudiciale* o *convenzionale*. La legge comanda: un trattato insegna. Ora, sotto questi due rapporti, l'ordine non può nè deve essere il medesimo.

L'ipoteca convenzionale richiama in generale tutti i contratti, e tutte le transazioni sociali. Essa è senza contradizione quella di cui è più frequente l'uso. I suoi principj sono principj generali. Nella ipoteca legale siamo quasi sempre sottoposti ai principj della ipoteca convenzionale. La forza di questi principj non sparisce che per far posto a delle eccezioni, o a delle modificazioni. Se l'ipoteca legale nasce senza il soccorso della convenzione, o, per meglio dire della stipulazione scritta; perchè la legge ha supplito a questa convenzione ed a questa stipulazione, è sempre vero che non può esistere, meno che non sia preceduta da qualche atto solenne e autentico, la di cui verità non può esser messa in dubbio nella società.

Quello che dico per l'ipoteca legale si applica egualmente all'ipoteca giudiciale, che nasce da una obbligazione forzata, che prende il luogo di altra obbligazione, la quale avrebbe dovuto essere volontaria. La medesima applicazione si fa ai privilegj che non sono, in sostanza, che ipoteche, le quali godono di uno speciale favore, e che possono dirsi privilegiate. La causa che le fa nascere gli attribuisce questa prerogativa, e le libera dall'impero del tempo che fissa il rango delle ipoteche ordinarie. I privilegj derivano *ex causa*, *non ex tempore*. Ma i principj con i quali essi si conservano, si congiungono più o meno ai principj generali.

Si può dunque dire che l'ipoteca legale, l'ipoteca giudiciale, e così i privilegj sono respettivamente all'ipoteca convenzionale, ciò che l'eccezioni sono alla regola. Che esse sono, in rapporto all'ipoteca che mette il sigillo alle obbligazioni in generale che ne assicura l'effetto, ciò che le specie sono al genere. Ora le eccezioni si intendono più facilmente allorchè la regola è ben conosciuta. Quando si arriva alle eccezioni si parte dai principj di già sviluppati: lo spirito è già disposto a formarsi delle idee giuste sulla natura e l'oggetto di queste eccezioni, e si evita così delle ripetizioni. Quelli che prendessero la pena di leggere questo Trattato, di seguito, sarebbero convinti di questa verità.

CAPITOLO PRIMO

DELLA IPOTECA CONVENZIONALE.

SOMMARIO.

3.° *Tre specie principali d'ipoteche.*
4.° *Definizione della ipoteca.*
5.° *Della ipoteca convenzionale ne' suoi rapporti principali.*

Tre specie principali d'ipoteche.

3. Le tre specie principali d'ipoteche sono sempre state nel diritto romano, come nel nostro diritto francese che dal medesimo deriva, l'ipoteca convenzionale, l'ipoteca giudiciale, e l'ipoteca legale. È noto in fatti che, rapporto all'ipoteca giudiciale sebbene questa non abbia il vantaggio di una stipulazione d'ipoteca stabilita mediante un contratto, si può nondimeno esser creditori, e si ha il diritto di ottenere dai tribunali una condanna che supplisce alla mancanza della convenzione, che permette l'esecuzione di una convenzione che di sua natura non sarebbe autentica, nè attributiva d'ipoteca. Si intende ancora relativamente all'ipoteca legale, che ci sono nella società civile degli atti infinitamente importanti, che senza essere precisamente accompagnati dalla convenzione, o dal contratto, producono nonostante, per natura loro, delle obbligazioni, e queste obbligazioni sono spesso quelle che meritano di essere più protette.

In questo caso è giusto che l'ipoteca, per la sicurezza di simili obbligazioni, emani dal ministero stesso della legge. *Causa efficiens pignoris*, ci dicono le leggi romane, *est aut voluntas hominum*, *aut lex*, *aut magistratus*.

Definizione della ipoteca.

4. È questo il luogo in cui debbo dare la definizione dell'ipoteca; lo che si rende necessario, prima di scendere a parlare di ogni ipoteca in particolare, perchè questa definizione è comune a tutte. È interessante il definirla con esattezza. In seguito si vedrà coll'effetto che la soluzione di molte questioni si attinge dalla precisione della definizione.

Per aver una definizione perfettamente esatta e completa dell'ipoteca, secondo il diritto romano, bisogna prenderla parzialmente da più leggi, poichè non si trova spiegata interamente in veruna. Neguzanzio giureconsulto italiano che ha fatto, nel secolo sedicesimo, un trattato assai stimato su questa materia, e sopra tutto in rapporto ai principj del diritto romano, il quale trattato ha per titolo , *De pignoribus et hypothecis* , ha ricavato da queste leggi una definizione, la di cui esattezza è incontrastabile. Egli la presenta in questi termini , nel 1.° sommario della prima parte num. 3: *Et quia hypotheca constituitor de super rebus, ideo dicitur, jus in re, seu jus reale, vel actio realis, quia per illam non obligatur persona debitoris, sed res, et sequitur fundum et datur contra possessionem.* Il fondamento di questa definizione è tolto dalla legge *Eos*, al Cod. *qui pot. in pign. hab.*; dalla legge *Pignoris* parimente al Cod. *de pign.*; della legge *Pignoris*, ff. medesimo titolo *de pign.*; dalle Instituzioni *de act.* §. *item serviana* e dalla legge *Si fundus*, § *in vendicatione*, ff. *de pign.*

Basnage *Trattato delle ipoteche* cap. 6, in seguito delle due sopraccitate leggi, aveva così definito l'ipoteca: *Jus reale quod fundum sequitur adversus quemcumque possessorem.* Questa definizione si avvicina a quella di Neguzanzio , ma non è così perfetta e non somministra delle idee così estese ed utili per la decisione di molte questioni. Egli però dice cose che non è inutile di sapere, cioè, *che ogni qualvolta l' ipoteca sia stata validamente contrattata, ella obbliga in tal guisa i fondi, che il debitore non gli può più impegnare in pregiudizio del primo creditore ipotecario.* Pothier, introd. al tit. 20 dello Statuto d'Orleans, num. 1 e 22, dice che l'ipoteca è un diritto *nella cosa*, ciò che equivale *jus in re.* Tutte queste definizioni si uniformano a quella che sta nell'art. 2114 del Codice civile , cui le medesime sembrano averla preordinata: « L' ipoteca è *un diritto reale* sopra gli immobili *affetti* alla sodisfazione d'un'obbligazione . . .; e vi rimane inerente e fissa in qualunque mano passino i detti immobili ».

Non bisogna adunque creder giuste tutte le altre definizioni della ipoteca , non escluse quelle che si leggono in qualche legge romana , secondo le quali si comprendeva, sotto la denominazione d' *ipoteca*, il fondo stesso alla ipoteca obbligato. L' ipoteca è definita in queste leggi così , *res obbligationi supposita*; da una delle Epistole di Cicerone, il vocabolo *hypotheca* si vede adoprato in questo senso, come ho avuto occasione di osservare nel Discorso preliminare , § 1.° La definizione che io ne ho data , è la sola che contenga il vero significato legale , sotto alla quale bisogna intendere l' ipoteca. Essa è la sola che si adatti allo sviluppo dei principj.

Resta a dirsi qualche cosa di più sopra l'ipoteca, rapporto alla *specialità* ed alla *iscrizione* che si esigono nella nostra legislazione. Ma l'ipoteca non lascia di aver la sua esistenza, come io ho dimostrato. La specialità non è che una modificazione della situazione dell'ipoteca, che può essere più o meno estesa, secondo la volontà delle parti contraenti; e l'iscrizione non è che una formalità estrinseca, propria a dare all'ipoteca la sua efficacia rispetto ai terzi: Ciò che sarà spiegato quando dovrò ragionare della specialità e dell'iscrizione (1).

Dell' ipoteca convenzionale ne' suoi principali rapporti.

5. Esposti questi principali elementi, passiamo ad esaminare l'ipoteca convenzionale ne' suoi principali rapporti. Io tratterò,

I. Delle forme dell'atto mediante il quale si stipula l'ipoteca: della natura del credito col quale può stipularsi con effetto l'ipoteca: delle persone che possano costituirla sopra i loro beni.

II. Della necessità di determinare l'oggetto speciale che deve essere in-

(1) La parola *pignus* è spesso usata nel diritto romano nel medesimo senso che la parola *hypotheca*. I libri del Digesto e del Codice relativi a questa materia hanno per titolo, *De pignoribus ed hypothecis;* nella legge 5 ff. *de pignor. et hypoth.* § I, sta scritto: *Inter pignus autem, et hypothecam tantum nominis sonus differt.* Frattanto la parola *pignus* si applicava particolarmente al caso della tradizione dell'oggetto oppignorato dal debitore al creditore, soprattutto se questo oggetto era mobile; e la parola *hypotheca* spiegava più propriamente l'oppignorazione della cosa in forza del patto o della nuda convenzione senza la formalità della tradizione, allorchè un tal sistema venne ammesso dal nuovo diritto romano, che derogò agli antichi usi di cui ho parlato nel Discorso preliminare. Relativamente al diritto francese la parola *pignus* può spiegarsi con la parola *sicurtà* (nantissement) che si fa di una cosa mobile, e che diviene un contratto che si chiama *pegno* secondo l'articolo 2072 del Codice civile. Questa parola *pegno* à la traduzione letterale della parola *pignus*: se le parole *pignus* ed *hypotheca* venivano adoprate indistintamente nel diritto romano per esprimere ciò che intendiamo particolarmente per *ipoteca*, può supporsi che ciò derivasse dalla circostanza che presso i Romani l'ipoteca, propriamente detta, poteva imporsi ugualmente su i mobili come su gli immobili; ciò che non è stato mai ammesso in Francia, almeno nella maggior parte degli Statuti, ove gli immobili soli erano suscettibili d'ipoteca, e dove erasi ammessa la massima che *i mobili non hanno seguito d'ipoteca.*

Non ci è persona che non sappia che i Romani tolsero ai Greci la parola *hypotheca*. La parola greca υπωθμκμ spiegata per *hypotheca*, è composta di υπω, *sub*, ed τιθγμι *pono*, così υπωτιθεναι, che è il passivo di questo verbo significa *supponor*, io *son sottoposto*. Vedi il *Dizionario di Trevoux*, alla parola *Hypothèque*. Si è voluto presentare l'idea di una cosa sottoposta, e soggetta all'obbligazione. *Quasi dicas supposita, subjecta obligationi, et abstricta.* Ved. *Hotman. Comm. verb. juris. verbo* Hypotheca.

vestito dalla ipoteca, e della necessità di renderla pubblica mediante l'iscrizione.

III. Quali sono, e quali non sono, gli oggetti suscettibili d'ipoteca: della indivisibilità della medesima, e della sicurezza che ne resulta.

Questi tre articoli formeranno il soggetto di tre separate sezioni.

SEZIONE PRIMA.

DELLE FORME DELL'ATTO COL QUALE SI STIPULA L'IPOTECA. DELLE CONVENZIONI NELLE QUALI ESISTA O NON ESISTA UN IPOTECA ACQUISTATA, CHE POSSA DAR LUOGO ALL'ISCRIZIONE. DELLE PERSONE CHE POSSONO DARE L'IPOTECA.

PARAGRAFO I.

DELLE FORME DELL'ATTO COL QUALE SI STIPULA L'IPOTECA.

SOMMARIO.

6. *Fondamento della ipoteca presso i Romani ed in Francia. Formalità dell'atto costitutivo della ipoteca in Francia.*

7. *Modificazione fatta a queste formalità rapporto alla legge del 25 ventoso anno 11.*

8. *I contratti di matrimonio, per costituire l'ipoteca, devono essere ricevuti, come gli atti ordinarj, da due notari, o da un notaro e due testimonj non parenti in grado proibito.*

9. *Nulladimeno un atto può produrre l'ipoteca, senza esser passato avanti notaro. Degli atti e delle sentenze delle autorità amministrative.*

10. *Osservazione essenziale per la validità delle ipoteche relativamente agli atti fatti dalle autorità amministrative.*

11. *Degli atti fatti dagli amministratori di pubblici stabilimenti, e delle commissioni d'ospizj.*

12. *Dell'effetto dei contratti stipulati in paese forestiero, per ciò che riguarda all'ipoteca in Francia.*

13. *Massima che l'ipoteca nasce dal diritto civile, e non dal diritto comune.*

14. *Dell'ordinanza del 1629; come sia stata considerata in Francia.*

15. *Massima del Codice civile su tal materia.*

16. *Ristretto di quanto deve farsi per i contratti stipulati in paese forestiero.*

Fondamento dell' ipoteca presso i Romani e in Francia. Formalità dell' atto costitutivo l' ipoteca in Francia.

6. Si comprende facilmente che il mezzo di dar vita all' ipoteca, relativamente alle forme, è un punto essenziale.

In Francia, l' ipoteca ebbe sempre una più solida base che presso i Romani. Secondo il loro diritto, l'ipoteca dipendeva da assai fragili obbligazioni: la legge 4, ff. *de pign. et hypothecis*, ci insegna, ciò che appena si crederebbe, cioè che l' ipoteca poteva essere constituita, mediante un semplice consenso verbale, purchè fosse provato per mezzo di testimonj, lo che era un avanzo della buona fede, e della semplicità degli antichi tempi. Non si ricorreva all' atto scritto, che per aver una prova più sicura della prova testimoniale, che lo era anche meno. Ciò che fece dire a Bartolo, e Dionisio Goffredo, a proposito di questa legge: *Scriptura non est de substantia contractus hypothecarii, sed magis fit ad probandum.* La legge 34, dello stesso titolo del Digesto, prescriveva che l' ipoteca potesse costituirsi anche da un assente, e per mezzo di lettere.

Ma questo mezzo di constatare l'ipoteca era evidentemente troppo incerto. Si credè rimediarvi, coll' ordinare d' imporre l' ipoteche convenzionali, o mediante atti passati avanti i tabellioni, o mediante atti privati, ma fatti in presenza di testimonj che firmassero, i quali non potevano essere in numero minore di tre, e che dovevano essere conosciuti, e degni di fede: tale è la disposizione della legge 11, nel Codice *qui potiores in pignore habeantur.* Ed altrettanto resulta dalla Legge novella 73, e Goffredo sulla legge 11, al Cod. *qui potiores*, ec., ne dà una ragione molto semplice, ed è che la scrittura redatta da un solo debitore non fa prova veruna contro i terzi.

Ma da ciò non deve desumersi, che il citato autore abbia considerato, come sufficiente questo mezzo di costituire l'ipoteca; egli si spiega unicamente nel senso del diritto romano sul quale egli scriveva, e per farlo conoscere. Intanto, e avanti l'epoca in cui viveva, e dopo, si è costantemente osservato in Francia, che l'ipoteca non poteva resultare, se non da atti autentici, come sono quelli passati avanti notaro, o redatti in forma privata, e

purchè questi fossero stati riconosciuti volontariamente avanti notaro, o in giudizio contraddittorio, o contumaciale. In questo ultimo caso, si considerava autentica nel modo stesso, come se l'autenticità fosse stata dichiarata giudicialmente: ciò che rese le ipoteche più valide ancora, escludendo i mezzi di commettere frodi col mutare le date, fu lo stabilimento del registro che rimonta a circa due secoli. L'ipoteca non poteva essere attribuita che a quegli atti, i quali non potessero essere attaccati che per falsità d'iscrizione (1).

Questi principj sono stati conservati dal Codice civile; così nell'art. 2127: « L'ipoteca convenzionale non può essere consentita, che mediante atto passato in forma autentica avanti a due notari, o ad un notaro e due testimoni » nell'art. 2117 il legislatore, definendo l'ipoteca convenzionale, a differenza dell'ipoteca legale e dell'ipoteca giudiciale, aveva già dimostrato esser sua intenzione, che l'ipoteca convenzionale non resultasse da ogni qualunque convenzione, ma che bisognasse inoltre, che questa convenzione rivestisse le forme che rendano autentico ogni atto. « L'ipoteca convenzionale è quella che nasce dalle convenzioni, e dalla forma esteriore degli atti e dei contratti ».

Quanto agli atti privati, rapporto all'autenticità, gli stessi principj sono consacrati dall'art. 2123. Dopo le sentenze che producono l'ipoteca, il legislatore non attribuisce un uguale effetto alle obbligazioni per atto privato, se non in quanto le firme ivi apposte, sono state riconosciute o verificate in giudizio.

Ma non mi occuperò qui delle disposizioni dell'art. 2123, perchè riguardano l'ipoteca giudiciale, e che questa ipoteca deve formare soggetto del capitolo seguente; dimodochè, in questo momento non dobbiamo parlare, che dell'ipoteca puramente convenzionale.

(1) Non è da trascurarsi la cognizione delle antiche legislazioni, per ben comprendere quella sotto la quale viviamo. Quindi osserveremo che questa regola soffriva in Francia qualche eccezione: per esempio in Normandia era valida l'iscrizione redatta per atto privato, purchè fosse rivestito della formalità del registro, (contrôle) stabilita da una legge del 1606, legge importante e particolare a questa provincia, come ci insegna Basnage avvocato al parlamento di Rouen, *Trattato delle ipoteche* pag. 135 e 139 ediz. del 1702 in 12.º. Sembrerebbe anzi, secondo questo autore pag. 154, che qualunque obbligazione, sebbene non registrata, nè riconosciuta in giudizio, portasse ipoteca dal giorno della morte di quello che l'aveva creata. Si faceva questo raziocinio, che se l'atto era vero, lo che dipendeva da una semplice verificazione, che poteva esser fatta dopo la morte di colui che l'aveva sottoscritta, doveva essere egualmente certo che fosse stato fatto avanti la morte del debitore, e partendosi da quest'epoca, egli era incontrastabile che l'atto non poteva essere antidatato. Ma queste eccezioni erano talmente rare, che la necessità di un atto autentico per la costituzione dell'ipoteca, non lascia d'essere il diritto comune e primitivo della Francia.

Ritornando, adunque, a ciò che riguarda quest' ipoteca, si comprende facilmente la conseguenza che resulta dai principj superiormente esposti. Per la di lei validità è necessario che l'atto, mediante il quale viene costituita, e che deve essere stipulato avanti notaro, sia rivestito di tutte le forme volute dalla legge per gli atti notariali. Io non credo necessario lo scendere alla spiegazione di queste forme, che sono comuni a tutti gli atti costitutivi delle obbligazioni. Questa spiegazione converrebbe, particolarmente, in un'opera in cui si trattasse delle obbligazioni in generale.

Posso in conseguenza, relativamente a queste forme, rinviare il lettore alle leggi, e regolamenti che le hanno stabilite, e specialmente alle leggi del 25 ventoso anno 11, che è il tipo della legislazione nella soggetta materia. Di fatti ella è la sola che prescriva le regole su questa parte importante; e se non fosse stata considerata, come contenente la legislazione sulle forme costitutive delle obbligazioni, ne sarebbe stato trattato in altre leggi, e specialmente nel Codice civile, il quale non ne parla punto, sebbene la sua redazione sia alle dette leggi posteriore. Allorquando il legislatore ha detto nell' art. 2127 del Codice civile, che l'ipoteca convenzionale non può essere consentita, che mediante atto passato in forma autentica avanti due notari, o davanti un notaro e due testimonj, si comprende facilmente che ha inteso riportarsi alle disposizioni di questa legge.

Modificazione fatta a queste formalità rapporto alla legge del 25 ventoso anno 11.

7. Bisogna nulladimeno fare un' osservazione, relativamente ad una delle formalità prescritte dall' art. 14 della citata legge, sulla quale molti giureconsulti, e tribunali si sono ingannati, e convien dirlo, senza loro colpa. Si dice in questo articolo, che gli atti saranno firmati dalle parti, dai testimonj, e dai notari che devono *farne menzione* in fine dell'atto. Sembrava dalla giacitura delle espressioni, che i notari dovessero esprimere non solamente che le parti ed i testimonj avevano firmato, ma che inoltre avevano firmato eglino stessi; e l'art. 68 pronunzia la nullità dell'atto, in caso di inosservanza delle formalità stabilite dal detto art. 14. Ma il Consiglio di stato ha proferito una decisione motivata nel 16 giugno 1810, approvata nel successivo dì 20, che si legge nel Bullettino delle leggi, la quale, interpetrando la legge, stabilisce che la pena di nullità proferita dal riferito art. 68 non è applicabile se non che in caso di omissione della menzione della firma, sia delle parti, sia dei testi-

monj, e che non debba essere applicabile alla mancanza di menzione della firma dei notari, che hanno stipulato l'atto. Così, a tenore della decisione del Consiglio di stato, la mancanza della menzione della firma del notaro in un atto qualunque, non porta seco la pena di nullità; ma soltanto secondo la decisione precitata, l'atto sarà radicalmente vizioso per la mancanza della menzione della firma delle parti, e dei testimonj.

I contratti di matrimonio per costituire l'ipoteca, devono essere ricevuti come gli atti ordinarj da due notari, o da un notaro e due testimonj non parenti in grado proibito.

8. I contratti di matrimonio, che sono ordinariamente la sorgente di una infinità di ipoteche, spesse volte importantissime per il loro grande interesse, debbono, per la loro validità, essere stipulate con le formalità prescritte per tutti gli altri contratti, a tenore delle disposizioni della legge del 25 ventoso anno 11. Sopra di che è impossibile seguir l'opinione di alcuni, i quali hanno preteso, che per la validità dei contratti di matrimonio, bastasse che fossero passati avanti ad un solo notaro, specialmente poi se vi concorresse la presenza di qualcuno dei parenti delle parti contraenti, qualunque fosse il grado di parentela che esistesse fra questi parenti testimonj e le parti, ed anco fra questi stessi parenti testimonj e il notaro che stipulava l'atto.

Questa questione è stata presentata alla Corte reale di Riom, dalla quale è stata decisa, dopo gravi discussioni, con una sentenza, che è utile conoscere (1).

(1) Avevo detto nella prima edizione *del Trattato delle donazioni e dei testamenti*, che le formalità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno 11, dovevano essere osservate in qualunque siasi atto notariale, ed anco nei testamenti e donazioni, perchè questa legge era una regola generale stabilita per le forme di qual si sia atto: che non era lecito allontanarsene che negli atti per i quali il Codice civile o qualunque altra legge avesse stabilito delle particolari formalità, dimanierachè ne resultasse una deroga speciale a questa legge del 25 ventoso, sia che questa deroga portasse un aumento di forme, sia che ne restringesse il numero. Questa proposizione mi sembrava talmente sicura, che non credeva dovesse incontrare contradizioni. Nonostante accadde tutto il contrario: vi furono alcuni tribunali che pronunziarono sentenze contrarie. Ma l'opinione, che io aveva emessa, fu confermata da una sentenza della Corte di cassazione del 1 ottobre 1810, interessantissima nella soggetta materia. Può riscontrarsi il Trattato da me citato Ed. 2 Tom. 1, pag. 440 e seguenti. Si capisce bene che potevan nascere delle difficoltà relativamente alle donazioni, ed ai testamenti, che sono atti di una natura particolare, per i quali il Codice civile ha prescritto delle forme speciali; e poteva credersi che la legge del 25 ventoso anno 11, non riguardasse che le forme re-

Espone la specie: io farò astrazione da tutto ciò che riferisce ad altre questioni, da quella di cui mi occupo. Giovanni Seraillhes, della di cui eredità si trattava, aveva avuto più figli: Marcantonio Seraillhes uno di essi si era maritato con Giovanna Roche nel 31 ottobre 1809. In occasione di questo matrimonio Giovanni Seraillhes fece donazione, a titolo di antiparte, del quarto di tutti i beni mobili ed immobili, che avesse posseduto all'epoca della morte. Fu costituito alla sposa una dote di franchi 13 mila, di cui due mila furono pagati non allo sposo, ma a Giovanni Seraillhes suo padre, il quale ne rilasciò quietanza, sebbene non sapesse scrivere. Il contratto di matrimonio fu rogato da un solo notaro, che era il sig. Dupré. Di tutti i testimonj al contratto non ve n'era che un solo, cioè il sig. Teillard, che avesse le qualità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno 11, perchè non era parente, nè del notaro, nè di alcuna delle parti contraenti: tutti gli altri testimonj erano o figli, o fratelli, o cognati di questi.

La domanda di divisione della successione di Giovanni Seraillhes essendo stata avanzata al tribunale di Murat (Cantal) contro Marco Antonio Seraillhes; questi domandò la prelevazione della quarta, in virtù della donazione, che suo padre gli aveva fatto con titolo di antiparte. I di lui fratelli e sorelle si opposero a questa domanda di prelevazione, attesa la nullità del contratto di matrimonio, e fondarono questa nullità sulla inosservanza delle forme, prescritte dall'art. 10 della legge del 25 ventoso anno 11, combinata coll'art. 8 relativamente ai testimonj. Resulta da questi due articoli che, se un atto è ricevuto da un notaro solamente, è necessaria la presenza di due testimonj che non siano parenti delle parti contraenti, almeno fino al grado di zio e nipote inclusivamente: che la presenza di un solo testimonio non parente, non adempie al voto della legge; e si osservava in questo caso che l'articolo 68 pronunzia la nullità dell'atto. Il tribunale di Murat decise per la validità del contratto di matrimonio, e fin d'allora ordinò l'esecuzione della donazione.

Interposero appello da questa sentenza, avanti la Corte reale di Riom, i fratelli e le sorelle di Marcantonio Seraillhes; e fondandosi sempre sul disposto degli articoli 8, 10 e 68 della legge del 25 ventoso an. 11, sosten-

lative a tutti gli altri atti. Recò però maraviglia che si volesse stabilire una classe particolare di atti per i contratti di matrimonio. Intanto la discussione fu talmente animata, questa pretensione fu sostenuta con mezzi così speciosi, che la sentenza, che la decise, è divenuta importante. Per questa ragione io ho creduto necessario l'entrare in dettaglio delle obiezioni.

nero la nullità del contratto di matrimonio, e conseguentemente della donazione della quarta in antiparte nel medesimo contenuta.

Marcantonio Seraillhes donatario tentò di evitare questa nullità, fondandosi sul disposto dell'art. 1394 del Codice civile, nel quale sta scritto: » Tutte le convenzioni matrimoniali saranno redatte prima del matrimonio, mediante atto passato avanti notaro ». Resulta da questo articolo, diceva egli, una modificazione, ed anzi una deroga alle disposizioni della legge del 25 ventoso anno 11; per la validità del contratto di matrimonio basta un notaro solo. L'articolo non esige la presenza dei testimonj prescritti dalla legge del 25 ventoso. Il contratto di matrimonio non è un contratto ordinario, è un patto di famiglia, che può formarsi nel seno di questa stessa famiglia. Si convalidava questa assersione riunendo i due articoli 1394 e 931 del Codice civile. Quest' ultimo è così concepito: » Qualunque atto contenente una donazione fra i vivi sarà stipulato *avanti notari*, nella forma ordinaria dei contratti, e ne resterà minuta, sotto pena di nullità » : la differenza che si osserva nella redazione di questi due articoli, prova che sono stati scritti in un senso molto differente. Il legislatore, dicevasi, ha voluto nell'art. 931 che la donazione fra i vivi rivestisse le forme ordinarie dei contratti; e quali precauzioni non ha egli preso per esprimere questa volontà? mentre per lo contrario nell'art. 1394 si è contentato di prescrivere un atto *avanti notaro*. Si faceva osservare inoltre che nell'art. 931 si leggeva *notari*, mentre nell'art. 1394 l'espressione era *notaro*. L'indicazione plurale in un articolo, e la singolare nell'altro formavano un sillogismo. Si ravvicinava il disposto dell'art. 1394 a quello dell'art. 2127, il quale dispone, che l'ipoteca convenzionale non può esser consentita che mediante atto autentico passato *avanti due notari, o davanti un notaro e due testimonj*. Si pretendeva desumere la medesima conseguenza dalla diversità della redazione di questi due articoli, come da quella che si trova fra questo stesso art. 1394, e l'art. 931.

Si confutavano tali obiezioni dicendo, che posto che il legislatore ha voluto che un atto avesse le forme notariali, non aveva avuto bisogno di ripeter sempre la stessa cosa; che il disposto dell'articolo 1394 non aveva per oggetto di recare una modificazione alle disposizioni della legge del 25 ventoso, imponendo che il contratto di matrimonio dovesse essere ricevuto da un notaro solo senza testimonj, quali sono richiesti dalla legge del 25 ventoso anno 11: che l'osservazioni e le conseguenze che derivavano dal modo plurale adottato, parlando del notaro nell'art. 931, ed in modo sin-

golare adottato nell'art. 1394, non era che una sottigliezza: che d'altronde ogni qualvolta si esigeva che l'atto di convenzione fosse redatto da notaro, il modo di spiegarsi più semplice, era quello di dire che l'*atto sarà passato avanti notaro*, e che finalmente l'unico scopo dell'art. 1394, era stato quello di prescrivere la forma notariale nei contratti di matrimonio in opposizione agli antichi usi di alcune provincie della Francia, come la Normandia, e qualche altra provincia del mezzo-giorno, in forza dei quali, i contratti di matrimonio erano validi sebbene stipulati per atto privato.

Marcantonio Seraillıes giungeva perfino a sostenere, che anticamente era regola ed uso di stipulare i contratti di matrimonio avanti un sol notaro, senza bisogno d'altri testimonj che i parenti: egli si fondava, in tal rapporto, sopra l'indicazione delle forme dei contratti di matrimonio contenuta nel *Trattato del contratto di matrimonio* di Pothier num. 47, nel quale viene enunciato che simili contratti si passavano avanti un notaro in presenza dei parenti delle parti contraenti; e pretendeva che questo uso antico fosse stato positivamente confermato dall'art. 1394.

Ma questa allegazione era smentita, e con ragione; perchè i contratti di matrimonio erano sempre sottoposti, come tutti gli altri contratti, alle formalità prescritte dalle antiche ordinanze del regno, come quelle d'Orléans e di Blois.

E perciò Pothier nella sua introduzione, al titolo 10 degli Statuti di Orléans pag. 288, ediz. in 4.° del 1772, aveva detto che il contratto doveva essere passato avanti *notari* per prevenire le antidate cui sono sottoposti gli atti privati, e Prévôt de la Janesse, il quale, come Pothier era stato professore di diritto francese in Orléans, aveva detto egualmente nei *Principj della giurisprudenza francese* tom. 2. num. 120, che il contratto di matrimonio deve essere passato avanti *notaro*, e per le stesse cause enunciate da Pothier. Questi due autori, i quali espongono la loro opinione dietro il disposto dell'art. 202 dello Statuto d'Orléans, nel quale si parla unicamente del *trattato di matrimonio* o di convenzioni matrimoniali, senza indicarne le forme, si sarebbero eglino spiegati in tal guisa, se avessero creduto che il contratto di matrimonio avesse potuto stipularsi sotto altre forme che quelle prescritte dalle antiche ordinanze per tutti gli altri atti?

Si aggiungeva ancora che allorquando Basnage, nel suo *Trattato delle ipoteche* ediz. del 1703 in 12. pag. 187 e 244, parla dei contratti di matrimonio, che devono essere rogati per mano di notaro, in opposizione al sistema della provincia di Normandia, ove, come già abbiamo detto, i contratti

di matrimonio potevano stipularsi per atto privato, egli indica le forme che devono produrre l' ipoteca, come quelle che sono comuni a tutti i contratti ordinarj, senza far menzione nè di deroghe, nè di modificazioni. Si sosteneva ancora che Denisart alla parola *Contratto di matrimonio* num. 7, parlando di una dichiarazione del dì 11 dicembre 1703, colla quale si intese d'abolire l'uso dei contratti di matrimonio per atto privato, che praticavasi in Normandia, si limita a dire, che questa dichiarazione ordinava che i contratti di matrimonio sarebbero passati *avanti notari* sotto pena di nullità. L'autore intendeva certamente di spiegarsi nel senso delle forme ordinarie degli atti.

Marcantonio Seraillhes, per sostenere la validità del suo contratto di matrimonio, invocava la disposizione dell'art. 75 del Codice civile, nel quale si tratta delle forme dell' atto di celebrazione di matrimonio. Questo articolo non richiede che l' intervento dell'uficiale dello stato civile, e la presenza di quattro testimonj *parenti o non parenti*. Ora, diceva egli, l' atto della celebrazione del matrimonio essendo più importante del contratto che ne regola semplicemente le convenzioni, le quali restano senza effetto, se il matrimonio non ha luogo, come potrà egli presumersi che l' art. 1394 abbia domandato più dell' art. 75?

Ma questo non era che discutere cose fra di loro diverse. L'atto dello stato civile del matrimonio, quanto alle forme, è stato sempre indipendente dall'atto che ne regolava le convenzioni, e l'oggetto di queste forme rispettive non è stato sempre lo stesso. Poteva arguirsi che, nel caso dell'art. 75, spiegandosi il legislatore tanto diversamente dal caso dell'art. 1394, egli avesse inteso di lasciare il contratto contenente le convenzioni, nella categoria delle forme ordinarie dei contratti.

Finalmente i fratelli e le sorelle di Marcantonio Seraillhes si fondavano sull'art. 1092 del Codice civile.

Il legislatore parla della donazione *intervivos*, dei beni presenti, che venisse fatta fra gli sposi, *nel contratto di matrimonio*, e dichiara ch'ella sarà sottoposta a tutte le regole e *forme superiormente prescritte per tal sorte di donazioni*, ciò che si riferisce all'art. 931. Ora, l'art. 1092, prescrivendo le forme di tali donazioni, sebbene fatte *nel contratto di matrimonio*, ne desumevano la conseguenza, che i contratti di matrimonio non erano esenti dalle forme richieste per tutti gli altri atti in generale.

Su questa discussione, la Corte reale di Riom, prima camera civile, sopra le mie conformi conclusioni, decretò nel dì 20 novembre 1818 la revoca della sentenza del tribunale civile di Murat del di 22 gennaio 1817, e la donazione fu annullata.

Non era stato dichiarato cosa alcuna rapporto alla nullità delle costituzioni d' ipoteche, che resultavano dallo stesso contratto di matrimonio. Ma in seguito della nullità della donazione, è facile il prevedere qual sia stata la sorte delle costituzioni ipotecarie, poichè la nullità della donazione fu proferita in conseguenza della nullità di un atto, mediante il quale si era voluto, in rapporto all' interesse pecuniario, stabilire delle civili convenzioni.

La giurisprudenza adottata dalla sentenza della corte di Riom, è non solamente conforme alle leggi nella soggetta materia, ma, sotto il rapporto della buona morale, merita inoltre di essere approvata.

Difatti ammettendo il sistema rigettato dalla sentenza predetta, qualunque ignorante o sospetto notaro, come qualche volta se ne trova, sebbene raramente, potrebbe sotto l'ombra del mistero, e senza la sorveglienza legale dei testimonj richiesti dalla legge, unire due sposi; poichè in questo sistema sarebbe impossibile esiger la presenza di alcun parente, mentre la necessità di questa presenza non resulta da alcuna legge. Così la felicità degli sposi, la fortuna delle famiglie potrebbero facilmente venir sacrificate alle passioni, e ad ogni maniera di seduzione, che agirebbe con maggior o minor forza, a seconda della inesperienza della gioventù, e della debolezza dell'età. Il rimedio a un male sì grande non poteva trovarsi che nell'intervento dei testimonj, o nella presenza di un secondo notaro. Così la sentenza non mancherà di eccitare l'attenzione dei notari, onde evitare la nullità degli atti di tanta importanza.

Nulladimeno un atto può produrre l'ipoteca senza esser passato avanti notaro. Degli atti e delle sentenze delle autorità amministrative.

9. Ma le disposizioni dell'art. 2127 del Codice civile non devono essere prese in senso così rigoroso, che l'ipoteca convenzionale non possa essere giammai consentita, che mediante atto passato avanti due notari, o davanti un notaro e due testimonj. L'ipoteca, nella sua pienezza, può resultare da qualunque atto contenente obbligazione, che sia stata passata avanti funzionarj, o ufficiali pubblici, ai quali alcune leggi, o atti di Governo, il di cui oggetto fosse di organizzare queste medesime leggi, abbiano conferito, in certe determinate circostanze, la facoltà di ricevere atti portanti obbligazioni. Questi funzionarj, in questo caso, sono competenti per imprimere all' atto quella stessa autenticità, che emana dal notaro, e per conseguenza, a costituire sui beni degli obbligati un'ipoteca, o speciale, o generale, secondo il disposto delle leggi, e dei regolamenti relativi a simili particolari casi. Gli ufficiali

pubblici, o funzionarj che sono rivestiti di tali attribuzioni, divengono accidentalmente capaci, per causa della loro speciale missione, a dare all'atto la virtù del contratto, come lo sono generalmente i notari. L'esercizio di un potere preciso e determinato, nel caso di un'eccezione, produce il medesimo effetto che l'esercizio di un potere praticato in forza della regola generale.

I tribunali non sono le sole autorità che possano con le loro sentenze imprimere l'ipoteca giudiciale. Le sentenze proferite dalle autorità amministrative, e nei casi nei quali la legge gli ha dichiarati competenti, producono lo stesso effetto. Un progetto del Consiglio di stato del 16 termidoro anno 12 approvato nel 25 successivo, ha fissato questi principj decidendo sulla questione, se l'art. 2123 del Codice civile, che accorda l'ipoteca alle condanne giudiciali coll'obbligo della iscrizione, sia applicabile agli atti emanati dalle autorità amministrative. Questo progetto stabilisce una perfetta parità fra le condanne pronunziate dai tribunali ordinarj, e quelle che emanano dagli amministratori, ai quali le leggi hanno attribuito, in certe determinate materie, il diritto di pronunziare le condanne, o di decretare le sentenze. È stabilito che, in questo caso, gli amministratori *sono veri giudici*, gli atti dei quali *devono produrre gli stessi effetti, ed ottenere la stessa esecuzione che gli atti dei tribunali ordinarj*.

Un secondo progetto del Consiglio di stato del 29 ottobre 1811, approvato il 12 novembre successivo, ha deciso, per gli stessi motivi, che l'iscrizione ipotecaria poteva esser presa in virtù delle sentenze, che l'art. 32 della legge del 22 agosto 1791 autorizza l'amministrazione delle dogane a proferire per l'esazione dei diritti ad esso spettanti, o in mancanza della presentazione dei certificati di discarico delle bullette di transito. Finalmente un terzo progetto del Consiglio di stato del 24 marzo 1812 ha dichiarato questi due precedenti progetti applicabili *ai decreti degli amministratori coi quali viene determinato il debito dei contabili delle comuni e delle pubbliche amministrazioni*. Tutti questi progetti veggonsi inseriti nel bullettino delle leggi. Non vi era stato però inserito quello del 21 termidoro anno 12, ma questo errore fu riparato da quello del 29 ottobre 1811, dietro l'istanze che ne furono avanzate. Le stesse conseguenze emergono relativamente alle decisioni dei consigli di prefettura da un decreto del 7 aprile 1812, in occasione di un appello della comune di Candeval contro un decreto di un consiglio di prefettura del dipartimento dell'Aude.

Ora chiaro apparisce l'analogia che passa fra i casi di sentenze pro-

nunciate dalle autorità amministrative nelle materie di loro competenza, e i casi di atti contenenti obbligazioni passati avanti qualunque amministratore, funzionario o ufficiale pubblico che ne sia stato specialmente incaricato.

Osservazione essenziale per la validità delle ipoteche relativamente agli atti fatti dalle autorità amministrative.

10. Deve però osservarsi che acciò gli atti passati avanti queste ultime autorità portino ipoteca, quando sono come quegli dei notari, di volontaria giurisdizione, bisogna necessariamente che le autorità stesse abbiano ricevuto dalle leggi e dai regolamenti un potere preciso e speciale per stipularli in luogo e vece dei notari. Poichè se al contrario queste autorità amministrative avessero ricevuti detti atti in occasione dell' esercizio delle loro ordinarie funzioni, e senza essere muniti di un potere speciale, ben lungi dall'imprimere l'ipoteca, questi atti potrebbero essere nulli; ciò che succederebbe se le parti che intervenissero al contratto non sapessero firmare. Tale è il motivo della decisione proferita dal decreto del 26 maggio 1811 inserita nel bullettino delle leggi, al quale rinviamo il lettore.

Degli atti fatti dagli amministratori degli stabilimenti pubblici e dalle commissioni d'ospizio.

11. Gli ospizj ed altri pubblici stabilimenti di beneficenza o d'istruzione pubblica non possono con contratti d'affitto o altri atti relativi alla loro amministrazione imprimere ipoteca sopra i beni di coloro che contrassero delle obbligazioni verso di essi. Tale è il resultato di un decreto del 12 agosto 1807 inserito nel Bullettino delle leggi, il quale così dispone: » A datare dalla pubblicazione del presente decreto, i contratti d'affitto degli ospizj ed altri pubblici stabilimenti di beneficenza o d'istruzione pubblica, per l'ordinaria durata, saranno fatti per incanto *avanti un notaro destinato dal prefetto del dipartimento*; e il diritto d'ipoteca sopra tutti i beni dell'affittuario sarà stipulato *mediante indicazione*, *a tenore del Codice civile*. » Il decreto prescrive in proposito altre formalità delle quali è inutile parlare.

L'ordinanza del re del 7 ottobre 1818, concernente l'ordine di affittare i beni comunali, dispone all'art. 4 che ne sarà passato atto avanti notaro conforme all'art. 1.° del decreto del 12 agosto 1807, di cui ho supe-

riormente ragionato. L'art. 67 del decreto del 30 dicembre 1809 suppone che i santesi, o camarlinghi delle chiese, non possono per loro proprio conto stipulare contratti di locazione o di affitto.

Relativamente ai contratti fatti col semplice ministero degli amministratori di questi stabilimenti, prima della promulgazione del Codice civile, esisteva qualche dubbio sulla questione di sapere se portavano o no ipoteca: si intende che il sopraccitato decreto non contemplava che l' avvenire.

Il Consiglio di stato, nello stesso giorno che fu proferito il decreto, emerse un progetto concernente i contratti precedenti. Questo progetto stabilisce che: « I contratti d' affitto precedentemente passati all'incanto, sia avanti l'autorità amministrative, sia avanti le commissioni d'ospizj, essendo stati fatti in virtù di leggi preesistenti, all'osservanza delle quali son soggetti tali stabilimenti e nelle forme prescritte, hanno l'esecuzione parata, sono eseguibili sulle proprietà mobiliari, *ed imprimono ipoteca sui beni immobili*, che in conseguenza tutti gli atti conservatorj o esecutori; e *tutte le inscrizioni* fatte in virtù delle spedizioni dei precitati contratti d'affitto, devono avere il loro effetto contro i debitori degli ospizj o di altri pubblici stabilimenti, *come se questi atti fossero stati passati avanti notaro* (1).

Il progetto del Consiglio di stato non tolse tutte le difficoltà: una nuova ne insorse in proposito di un affitto fatto dall'amministrazione dell' ospizio civile di Grenoble, mediante aggiudicazione all' incanto. Questo affitto era stato fatto dai soli membri della commissione, che lo stipularono da loro medesimi, senza intervento d' alcun officiale pubblico: ma quest' affitto era stato fatto il 19 vendemmiaio anno 10, sotto l' influenza della legge di brumaio anno 7, e non conteneva alcuna stipulazione d'ipoteca; ciò non ostante questo affitto fu nel 4 marzo 1807 inscritto all' ufizio delle ipoteche. I creditori dell' affittuario inscritti posteriormente impugnarono la validità dell' ipoteca dell' ospizio, ed invocarono due difese: la prima fu che i membri della commissione dell' ospizio non avevano la capacità legale per l' impressione dell' ipoteca speciale, come ordinava l' art. 4 della legge di brumaio. Essi aggiungevano che gli stabilimenti pubblici non godevano dell' ipoteca legale contro i loro affittuarj, e che la commissione dell'ospizio sosteneva male a proposito l' affermativa. La Corte di cassazione con una sentenza del 3 luglio 1817, *Denevers anno* 1818 *pag.* 411, ha deciso, che nel caso in questione non vi era ipoteca legale: ciò che non presentava contradizione, perchè l'ipoteca le-

(1) Questo progetto non si trova nel bullettino delle leggi, ma l'abbiamo veduto citato e trascritto specialmente nella discussione che ha preceduto la sentenza della quale andiamo a parlare.

gale non ha mai esistito se non contro gli amministratori gerenti, ed altri tenuti a render conto. Essa però non ha deciso in modo positivo che i contratti d'affitto, stipulati avanti il Codice civile dai soli amministratori, imprimessero ipoteca; ma, ha giudicato, che quando ciò fosse, era necessario che ai termini della legge allora esistente, l'ipoteca fosse stata *specialmente stipulata*. Questa sentenza in questa parte è ben fondata. Il progetto del Consiglio di stato supponeva che i contratti d'affitto fossero stati fatti conforme alle *leggi esistenti*. In tal guisa tutti questi atti stipulati sotto la legge di brumaio, non hanno potuto portar ipoteca, senza una speciale convenzione; ma in quanto agli atti passati avanti la promulgazione di questa legge, non può dubitarsi, che sebbene mancanti dell'intervento del notaro, non abbiano potuto, come tutti gli altri atti di quel tempo, e secondo la legislazione allora esistente, portare ipoteca generale, come i contratti d'affitto dei beni nazionali, che sono stati fatti dalle sole amministrazioni, e senza notaro, in conseguenza dell'art. 14, titolo 2 del decreto del 23 ottobre 1790. Ciò non ostante, si è resa indispensabile in seguito l'iscrizione contro i debitori morosi, come per qualunque credito antico che godesse il favore dell'ipoteca generale.

Dell'effetto dei contratti passati in paese straniero quanto all'ipoteca in Francia.

12. Qui ha luogo lo spiegarsi sul modo con cui debbono considerarsi i contratti celebrati in paese straniero, sotto il rapporto del loro effetto e della loro forza esecutoria relativamente ai beni situati in Francia. Tratterò qui la questione solamente concernente i contratti ordinarj. Perciò che riguarda le sentenze proferite in paese straniero, ed i contratti di matrimonio ivi celebrati, ne parlerò nel trattare delle ipoteche giudiciali e delle ipoteche legali.

Ciò che aveva dato luogo a una diversità d'opinione fra gli autori sull'effetto dei contratti celebrati in paesi stranieri, in rapporto alle ipoteche, è che non si era saputo formarsi delle idee giuste sulla natura dell'ipoteca, voglio dire sull'origine del diritto che la costituisce.

Alcuni autori la di cui opinione poteva essere di gran peso, fra i quali si annovera il sig. Bouhier nelle sue Osservazioni sullo Statuto del ducato di Borgogna tomo 2 pag. 83 num. 45 e seguenti, sostennero che i contratti celebrati in paese straniero, ugualmente che le sentenze ivi proferite, dovevano di pieno diritto ottenere l'ipoteca sui beni situati in Francia; e si fondavano sulla ragione che la necessità di eseguirle era una conseguenza delle

obbligazioni che prendevano il loro principio nel diritto delle genti. Le decisioni dei tribunali dovevano, secondo essi, come i contratti volontarj, destare ovunque il medesimo rispetto; e pensavano che il rifiuto d' accordare questa ipoteca, era contrario alla buona fede, la quale avrebbe potuto essere d'ostacolo alle transazioni che dovevano stipularsi in Francia fra i regnicoli, e gli stranieri; e che il commercio ne avrebbe sofferto. Non sarà inutile il riportare in questo luogo l'espressioni di uno de'più gravi autori che hanno sostenuto questa opinione: e questo è Choppin sullo Statuto d' Anjou lib. 3 tit. *De pignoratitia fundorum possessione*, num. 11. *Jure gentium*, dice egli, *sancitae hypothecae actio vim obtinet ubique terrarum ac regionum in quibus debitoris bona consistunt*, *dummodo creditor*, *consignata litteris testatione*, *planum faciat tabellionem esse*, *ac publica fide subnixum eum qui obligatorias debiri cautiones conscripserit*.

Massima che l' ipoteca nasce dal diritto civile e non dal diritto comune.

13. Ma questi autori erano certamente in errore. Mi affretterò di stabilire un principio importante su questa materia fecondissimo di queste conseguenze, come si avrà occasione di osservare in seguito. Questo principio è che l' ipoteca prende la sua origine dal dritto civile e non dal diritto delle genti. Bisogna far bene attenzione di non confonder l' obbligazione in se stessa coll' ipoteca. L' obbligazione che resulta da una promessa volontaria appartiene senza dubbio al diritto delle genti, come lo sono egualmente le transazioni, gli acquisti e gli atti tutti di questa natura. Ma l' ipoteca è un diritto di sequestro che attacca l' immobile. Ella non concerne la persona sola come l'obbligazione; ella attribuisce il diritto di perseguitare l' oggetto ipotecato e di farlo vender giudicialmente; ella accorda un diritto di preferenza sopra tutti gli altri creditori che hanno un'ipoteca posteriore, e sotto questo punto di vista non appartiene al diritto delle genti, ma deriva dalla legge civile che regge il fondo sul quale viene costituita. Ora il diritto civile non è stabilito che in favore dei cittadini di ciascuno stato. L' ipoteca non è dunque che un effetto della pubblica forza, che si esercita sulle proprietà di ciaschedun territorio: ella non può aver effetto che dall'autenticità di un atto, la quale autenticità non può essere conferita che dal sovrano, il quale è investito della autorità pubblica; dimodochè tutte le obbligazioni, tutte le condanne che emanano dagli uffiziali pubblici residenti in territorio straniero, restano nei termini di semplici obbligazioni, di semplici atti non rivestiti di autenticità. Potrei invocare a sostegno di questo principio una quantità di antichi autori del più

gran merito come Cujacio e Vinnio. *Haec obligatio efficax ex jure praetorio* dice il primo sulla legge 5 ff. *de justitia, ex jure*. Trovansi frequenti conferme di questa massima nel Repertorio di giurisprudenza alla parola *ipoteca*, sez. 1, parag. 5, num. 12. Aggiungerò l'opinione di Pothier che ne tratta in un modo altrettanto semplice quanto solido, *Introd. al tit. 20 dello Statuto d'Orléans*, cap. 1 num. 9. » L'ipoteca dice egli, appartiene al diritto delle genti, ma la maniera di acquistarla senza tradizione, è fissata *nel nostro diritto civile*, il quale vuole che la convenzione sia fatta mediante atti muniti della pubblica autorità, quali non possono considerarsi gli atti dei notari esteri: queste persone ritengono è vero una specie di pubblica autorità in Francia che può chiamarsi *autorità di credito*, dovendosi ai loro atti prestar fede ovunque, ma esse non hanno l'autorità pubblica *del potere*, tale quale si rende necessaria per imprimere il diritto d'ipoteca sopra i beni dei contraenti, non essendovi in Francia alcuna pubblica autorità di tal natura se non quella che emana dal Re. Che è quanto aveva fatto dire a Mornac autore versatissimo degli antichi usi del diritto francese sulla legge ultima ff. *jurisd. num.* 11 *obligatio, extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia*. Egli cita un decreto conforme, del 26 marzo 1599; e se ne trovano molti altri consimili dello stesso secolo in altri autori.

Dell'ordinanza del 1629 come ella sia stata considerata in Francia.

14. L'ordinanza del 1629 art. 121 conferma questo principio: « Le sentenze proferite e i contratti e le obbligazioui stipulate fuori del regno e da sovranità straniere, per qual si voglia causa, non avranno alcuna ipoteca nè esecuzione nel nostro regno, ed i contratti terranno luogo di semplici promesse».

In verità l'esecuzione di questa ordinanza ha sempre incontrato in Francia delle difficoltà. Ella non aveva forza di legge; ella non era considerata come tale nella vasta giurisdizione del parlamento di Parigi, perchè non vi era stata registrata liberamente come in alcuni altri, lo che ci viene assicurato da monsieur Bouhier (1).

(1) Sarebbe stato importantissimo in molte circostanze il formarsi delle idee nette e precise sulla questione di sapere se nella giurisdizione del parlamento di Parigi l'ordinanza del 1629 avesse o no forza di legge.

Avanti la rivoluzione la negativa non pareva incontrare difficoltà. Ciò può asserirsi dietro l'opere dei pubblicisti, degli storici e dei giureconsulti. Ecco come ne parla monsieur de Montblin nelle sue Massime del diritto pubblico francese, opera giustamente stimata. Tomo 2, pag. 46 ediz. in 4.° dopo di aver spiegato i resultati della mancanza del registro delle leggi alle corti del parlamento o d'un registro che non fosse libero.

Questo savio magistrato dice pure che il parlamento di Dijon l'aveva registrata, ma sotto la modificazione, che l'art. 121 non avrebbe esecuzione nella sua giurisdizione. Intanto fuori di questo parlamento, che si era formato in rapporto dei principj particolari, su'quali il sig. Bouhier aveva scritto, è stato sem-

» Nel 1629 Luigi XIII avendo tenuto reale udienza (*lit de justice*) in parlamento per far registrare l'ordinanza che si chiama il codice *Marillac* o il codice *Michaud*, il costante rifiuto del parlamento di Parigi ha reso inutile questa legge, almeno nella sua giurisdizione. Il sig. Talon, che ci dà l'istoria di questo registramento forzato, racconta che essendo venuto il re al parlamento . . . . .; che l'ordinanza essendo stata letta alla presenza del re, e che il sig. guardasigilli de Marillac avendo pronunziato il decreto di registramento ordinario, i signori del parlamento inibirono al cancelliere di firmare il decreto, atteso la qualità della materia, che non poteva essere eseguita senza una precedente deliberazione; della qual cosa essendosi il re offeso, ed avendo comandato che si firmasse il decreto, poichè era stato verificato in sua presenza, dietro le osservazioni che gli furono fatte, acconsentì che l'ordinanza venisse esaminata articolo per articolo, e modificata ove occorresse; e non volle obbligare i signori del parlamento alla di lei esecuzione, finchè ciò non fosse stato eseguito. E difatto il cancelliere, per obbedienza al re, segnò il decreto di registramento, e non ostante questo editto fu esaminato e concertato nella cancelleria. Furono fatte in proposito delle conclusioni come se si trattasse di un *affare nuovo e non pregiudicato*; e *l'editto, non essendo stato deliberato in assemblea, non ebbe esecuzione* . . . Ed è ciò tanto vero che sebbene vi fosse un grande articolo sopra i matrimonj clandestini, nulladimeno fu spedito un' ordinanza al parlamento per l'istesso soggetto; *sapendo bene il re ed i suoi ministri che l'ordinanza registrata in sua presenza non verrebbe mai eseguita* ». Memoires de Talon tomo 3 pag. 329.

Il presidente Hénant, *Ristretto cronol. dell'ist. di Francia, nell'anno* 1629, si esprime così:

» Il codice *Marillac*, nominato comunemente codice *Michaud*, pubblicato in forma di editto, era una raccolta delle nostre più famose ordinanze, alle quali si erano aggiunte quelle che erano state fatte dietro le domande degli ultimi stati generali, nelle quali vien deliberato sulle rappresentanze delle assemblee de' notabili alle Tuilleries. Il re, malgrado le opposizioni del parlamento, lo fece pubblicare da un tribunale, non essendo cosa sicura che venisse verificato. *Perciò quest' editto non è stato in seguito osservato*, e gli avvocati non lo citano come legge ».

Nell' opera intitolata: *Delle commissioni straordinarie in materia criminale*, che sappiamo essere lavoro di un illustre e sapiente magistrato, che volle conservare l'anonimo, si legge pag. 69:

» Il parlamento di Parigi non ha mai riconosciuto questa ordinanza del 1629. Essa fu pubblicata in un tribunale, ove ogni libero consiglio rimase soffocato. In conseguenza questa ordinanza, conosciuta sotto il nome di codice *Michaud* o *Marillac*, nome del suo autore, non è mai citata dagli avvocati del parlamento di Parigi, e *non è stata mai osservata*.

Prima di questi autori, il sig. Bouhier sullo Statuto di Borgogna, si spiega in ogni occasione in questo senso:

» Egli è noto che questa ordinanza non ha forza alcuna nel parlamento di Parigi, nè in varj altri, ove non è stata registrata; » cap. 53 num. 46. E. d'Hericourt avvocato profondamente istruito, che esercitava presso il parlamento di Parigi, dice formalmente in occasione di una causa, estranea al nostro tema: » Ma relativamente al parlamento di Parigi, ove quest'ordinanza (1629) *non è osservata*, bisogna ec. . . . . «. Della vendita degli imm. cap. 10 n.° 24.

pre giudicato, e specialmente nella giurisdizione del parlamento di Parigi, che gli atti ricevuti dai notari dei paesi stranieri, ugualmente che le sentenze ivi proferite, non portavano diritto d'ipoteca su i beni situati in Francia. Il fondamento di questo principio nella giurisdizione del parlamento di Parigi, non

Pothier, Introd. al tit. 20 dello Statuto d'Orléans cap. 1.° sez. 1.ª n.° 9 dice: Ma questa ordinanza essendo, *come è noto*, rimasta senza esecuzione ec. ». E più chiaramente ne parla nel suo *Trattato della Locazione* n.° 186, relativamente alla prescrizione stabilita dall'art. 142 della medesima ordinanza su gli affitti. Egli è probabile che gli avvocati non citano questa ordinanza al tribunale superiore d'Orléans, di dove era Pothier: non l'hanno neppure giammai citata nel siniscalcato d'Auvergnia a Riom, giurisdizione del parlamento di Parigi.

Fu detto che questa ordinanza era stata considerata, come legge del regno dall'antico Consiglio di stato, che giudicava in appello contro i decreti dei parlamenti, e dal cancelliere d'Aguesseau.

Quantunque il consiglio di stato abbia giudicato così, il di lui giudizio non ha influito sul destino di questa ordinanza, avendo il parlamento di Parigi delle idee ben differenti, ed i tribunali sottoposti alla di lui giurisdizione, avendo ricevuto moto dai di lui impulsi. Si stenta a credere che il cancelliere d'Aguesseau portasse simile opinione, sebbene ne faccia fede Denisart. Almeno tutto ciò che è stato detto, e giudicato, non ha avuto mai niun rapporto all'art. 121 di quest'ordinanza. Ora se le disposizioni di quest'articolo non sono che una conferma delle più antiche ordinanze, e di una più antica giurisprudenza, che sono state sempre in vigore in questa materia, ciò che d'altronde non porta a veruna conseguenza, il principio ammesso dall'art. 121 potrebbe e dovrebbe essere osservato nella giurisdizione del parlamento di Parigi, senza che godesse della stessa osservanza ogni di più delle disposizioni della detta ordinanza.

Intanto la Corte di cassaziona con due decreti, l'uno del 13 germinale anno 12 e l'altro del 10 dicembre 1807, si risolse per la prescrizione degli affitti per cinque anni, anco nel circondario dell'antico parlamento di Parigi, dietro l'art. 142 sull'ordinanza del 1629. La Corte si è fondata sulla circostanza che quest'ordinanza era stata ricevuta come legge nella giurisdizione di quel parlamento. Con altro decreto del 7 settembre 1808 la Corta stessa ha giudicato che questa prescrizione di cinque anni non poteva essere ammessa nell'antica giurisdizione del parlamento di Bordeaux, ma soltanto quelle di trent' anni, atteso che l'art. 142 della detta ordinanza non vi era osservato, e *che le leggi antiche devono essere intese nel senso col quale sono state costantemente osservate.* Altre volte avrebbesi dovuto ritenere la stessa opinione trattandosi di queste due giurisdizioni di corti di parlamento. In quello di Bordeaux perchè, a tenore del sistema di registramento, l'art. 142 dell'ordinanza non vi era osservato: in quello di Parigi, perchè è indubitato non esservi stata mai considerata come legge, nè esservi stata mai osservata, a che i frutti scaduti degli affitti non si prescrivevano che in 30 anni.

Io sono ben lontano di mettere al confronto delle decisioni di una Corte così illuminata, quale è quella di cassazione, le mie opinioni; mi compiaccio però di credere che ella si sia fondata sopra dei fatti e delle tradizioni, che nel seno della capitale doveva essere a portata di conoscere, cosa non tanto facile nei dipartimenti. Abbiamo creduto intanto dover ricordare ciò che riguardavasi come un principio di diritto pubblico, almeno nell'antico circondario del parlamento di Parigi; può essere inoltre utile il conoscerlo in altre circostanze, e dirimpetto ad altri principj di diritto, decisi dalla detta ordinanza.

l'ordinanza del 1629, la quale non aveva alcuna esecuzione come legge, ma bensì sopra un diritto pubblico preesistente, che era stabilito in forza di diversi antichi decreti, e specialmente da quello del 1599, che sulle traccie di Mornac veniamo di citare, e sopra un decreto più importante ancora proferito dal parlamento di Parigi il 21 maggio 1585, riportato da Choppin sullo Statuto d'Anjou lib. 3 cap. 3 tit. 3 n.° 11. Questo decreto è per vero dire relativo ad una sentenza pronunziata in paese straniero, ma vi esiste identità di principj. Ciò resultava ancora da diverse antiche ordinanze, specialmente da quelle di Francesco I del 1535 che era conforme ad un altra ordinanza di Carlo VIII del 1490 art. 21: » Noi dichiariamo nulli, vi si legge, tutti i trattati concernenti l'eredità, rendite o donazioni, che da ora in avanti non saranno ricevuti dai *nostri notari* ». I notari ecclesiastici, quelli stessi dei signori (salvo una modificazione che fu introdotta dalla giurisprudenza) erano esclusi dal diritto d'imprimere ipoteche sopra gl'immobili situati nel territorio Francese, perchè non godevano di un potere che emanasse dalla autorità reale, ed a più forte ragione alla stessa esclusione andavano sottoposti i notari stranieri.

Principio del Codice civile sopra questa materia.

15. In mezzo a questo stato di cose, è sopraggiunto il codice civile; l'articolo 2128 è così concepito: » I contratti passati in paesi stranieri non possono imprimere ipoteche sopra i beni di Francia, se non vi sono disposizioni contrarie a questo principio nelle leggi politiche e nei trattati ».

In sostanza questo articolo conferma i principj dell'ordinanza del 1629; ma nel tempo stesso vi opera una modificazione assai importante colle ultime sue disposizioni, poichè sottomette la sorte delle ipoteche in Francia al disposto delle leggi politiche, o dei trattati respettivi del paese straniero nel quale sia stato stipulato il contratto, e del regno di Francia nel quale gli si volesse dare esecuzione.

Qualunque però fosse il diritto dal quale si volesse far derivare l'ipoteca, sia il diritto comune, sia il diritto civile, egli è pur sempre vero che riusciva assai difficile di non subordinare le decisioni di questa materia al modo con cui venissero considerate o valutate, nel paese straniero, le ipoteche che i Francesi potevano avere sopra gli immobili degli abitanti di quel tal paese, in virtù degli atti stipulati in Francia, o delle sentenze ivi proferite. È facile il comprendere quanto avrebbe sofferto il commercio della Francia con le altre nazioni, se le nazioni straniere avessero adottato delle leggi più rigo-

rose di quelle state ammesse in Francia. Ed è perciò che il sig. Bouhier, il quale sembrava inclinato a credere *che sarebbe cosa ingiusta il negare il privilegio dell'ipoteca agli atti celebrati sotto un altro governo*, aggiunge poi: *Purchè nulladimeno sia cosa sicura che la stessa prerogativa venga accordata agli atti stipulati in Francia*; *poichè*, prosegue egli, *la giustizia della nostra giurisprudenza è principalmente basata su questa reciprocità.* Questa condizione limitativa è stata un raggio di luce che ha rischiarato i passi dei moderni legislatori. L'art. 2125 del Cod. e l'art. 2123, che è relativo alle sentenze proferite in paese straniero, sono stati redatti col medesimo spirito che gli art. 11, 726 e 912, concernenti le successioni e le donazioni (1).

Una saggia politica ha fatto conoscere quanto sarebbe pericoloso, trattandosi di partecipazione ai diritti civili in Francia, di accordare agli stranieri, più di quanto i medesimi nel loro paese non accorderebbero ai Francesi. Una reciprocità di questi diritti diventa adunque la misura più giusta, e la loro risoluzione dipende allora dalle leggi politiche e dai trattati che regolano i privilegj, di cui i sudditi di uno stato devono godere in un paese sottoposto all'altro. L'ipoteca non perde nulladimeno tutti questi caratteri: ella non lascia di avere origine dal diritto civile, e se, in forza della reciprocità, sussiste in Francia in virtù di atti o di sentenze straniere, e senza che siano state nuovamente confermate, ciò avviene per sovrana disposizione, il di cui potere si esercita ogni qual volta ella decreta esser necessaria la conferma, come quando dalla conferma stessa ne assolve.

Ristretto di quanto deve farsi per i contratti stipulati in paese straniero.

16. Riepilogando ciò che riguarda i contratti celebrati in paesi esteri, quanto all'ipoteca, e salva l'esecuzione delle leggi politiche e dei trattati, a tenore dei quali fa d'uopo regolarsi sempre, qualora esistino, è necessario far dichiarare eseguibile il contratto per via di sentenza di un tribunale competente francese, lo scopo principale della quale è quello di ottenere una dichiarazione portante ipoteca. Tale è il resultato delle disposizioni dell'art. 121 dell'ordinanza del 1629, la quale, sebbene non avesse forza di legge in tutta la Francia, è stata citata mille volte nella soggetta materia, come sorgente della nuova legislazione: *così i contratti terranno luogo di semplici promesse.* Questa regola che i contratti di simil natura non debbano esser considerati che

(1) Può vedersi quanto abbiam già detto sulla intelligenza respettiva dei diritti civili, Trattato delle donazioni e testamenti tom. 1.° pag. 55, 56, 57, 248 e seguenti.

come semplici promesse, regola importantissima, onde formarsi una giusta idea di quanto è necessario farsi per la loro esecuzione, emerge dalle espressioni di Mornac, che ho già riferite: *Obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia.*

Io però sono d' opinione che questo modo di giudicare, e di procedere, debba aver luogo, sia che le parti o una di esse abbiano firmato l'atto celebrato in paese straniero avanti notaro, o avanti qualunque altro officiale competente, sia ch'elleno abbian dichiarato di non sapere scrivere; l'obbligazione in questi casi non è meno valida, e non ci resta che la forma dell'esecuzione in Francia, e l' ipoteca. Io rammenterò su questo proposito quanto ne dice Pothier già citato: » I notari stranieri hanno in Francia una specie d' autorità pubblica, che può chiamarsi *autorità di credito*. I loro atti devono far fede ovunque; ma non hanno l'autorità del *potere* ». Può farsi il confronto per il caso di cui si tratta, e quello nel quale venisse un debito ratificato avanti al giudice di pace, in conseguenza di citazione in conciliazione, caso nel quale la condanna giudiciale deve aver luogo, per dare all' obbligazione la forma esecutoria e l'ipoteca; in questo caso adunque può prendersi l' inscrizione.

Ma quanto abbiamo detto fin qui è estraneo agli atti passati nelle colonie francesi: gli ufficiali che ricevono tali atti sono, come quelli che risiedono in Francia, ufficiali del re, ed hanno la stessa autorità in quanto all' ipoteca. È però necessario che questi atti sieno registrati in Francia, perchè si possa con essi prendere inscrizione; poichè è naturale che questi medesimi atti, debbono contenere la specialità dell' ipoteca. Su questo proposito mi spiegherò nel numero seguente. Questa eccezione è pur anco applicabile agli atti celebrati in paese straniero dai cancellieri dei consoli francesi residenti all' estero. Circa questi consoli e questi cancellieri vedi il Repert. di giurispr. alla respettiva parola, e i titoli 6 e 9 dell'ordinanza di marina del 1681.

Dell' influenza della mancanza di registro degli atti notariali sulla validità degli atti stessi, specialmente rapporto all' ipoteca.

17. Poichè noi andiamo occupandoci delle formalità delle quali devono essere rivestiti gli atti, onde operino la costituzione dell' ipoteca, è di regola che si esamini una questione, sulla quale in tutti i tempi sono state promosse delle difficoltà. Intendiamo dire di ciò che riguarda il registro degli atti.

E prima di tutto deve osservarsi che quando un' atto notariale è stato

registrato nel termine prescritto dalla legge, per l'adempimento di questa formalità, l'ipoteca non acquista vita solamente dal giorno del registro, ma ella ha il suo pieno effetto dalla data dell'atto. la qual cosa è stata sempre ammessa, e deve esserlo sempre. Ma se un atto, sebbene notariale, non è stato registrato nel termine prescritto dalla legge, quale influenza avrà questa omissione sull'atto medesimo rapporto all'ipoteca?

Quando una legge fissa la nullità di un atto per mancanza di adempimento di una formalità prescritta, od anco per difetto di pagamento degli emolumenti, la cui riscossione è prescritta dalle leggi, è dovere del tribunale di pronunziare la nullità, giacchè il primo, e più essenziale de'suoi doveri, è quello di conformarsi alle disposizioni della legge, delle quali egli non deve costituirsi giudice. Nè sarebbe mai questa la circostanza di rispettare l'opinione del celebre Dumoulin, che abbiam veduto citare anticamente in caso, in termini ed in altri simili, onde procurare di schivare la nullità. Parlando egli di un editto, che qualificava per pecuniario, si spiega in tal modo: *Coeterum non esse periculum propter defectum insinuationis, cum editum illud insinuationum sit quaestuosum, corrodendae pecuniae causa sordide factum, atque ideo juste spernitur a bonis judicibus, quoties abest suspicio fraudis vel falsi.* Questa idea recava stupore per la sua arditezza, e non poteva esser giustificata che dalle circostanze che l'avevano fatta nascere. Questa circostanza era l'editto di Enrico II del 1553, volgarmente chiamato l'editto *delle piccole date*. Questo editto prescriveva la formalità dell'insinuazione, specie di registro, e in un certo stabilito termine, alla pena di nullità per gli atti concernenti i benefizj; e Dumoulin, a causa della sua prevenzione contro le pretenzioni della Corte di Roma, che ha spesse volte attaccate con forza e non di rado con rancore, sosteneva che la formalità dell'insinuazione non era necessaria per legare le mani al Papa, e per impedirgli il diritto che si chiamava di *prevenzione*, o che per lo meno non era necessario che l'insinuazione fosse fatta nel termine stabilito dall'editto. Bisogna confessare che l'opinione di Dumoulin, e la dottrina che spiega in questo rapporto, hanno influito in seguito sulla disposizione delle leggi, e sulla giurisprudenza relativa alle insinuazioni ecclesiastiche. Ma adesso non è più questione di questa materia, che è affatto cosa particolare: le nostre leggi debbono esser considerate sotto altro aspetto, e le nullità, che esse prescrivono, devono essere pronunziate dai tribunali.

Egli è però un principio costante, che le nullità non hanno luogo *di dritto*; ed in Francia non si sono mai conosciute altre nullità che quelle

testualmente pronunziate dalle ordinanze. Questo è quanto c'insegna Mornac con molta precisione sulla legge 1.ª, ff. *de procurat. et defens. Servamus autem valere nihilominus acta quaelibet in quibus peccatum in aliquo fuerit adversu edicta regia, si modo adjectum non sit ratum alias non fore quod geritur, aut, ut vulgo loquimur,* SE NON È DETTO A PENA DI NULLITÀ'.

Fa d' uopo adunque esaminare il resultato della nostra legislazione, relativamente alle nullità che possono derivare dalla mancanza di registro, fatta astrazione dalle penali che possono essere pronunziate contro i notari negligenti.

L' editto del 1606, contenente lo stabilimento del registro in Normandia per l'osservanza di questa formalità, accordava un termine di quattro mesi; ma ordinava però che, se l'atto non fosse stato registrato che dopo il termine predetto, l'ipoteca non avesse effetto che dalla data del registro. Può vedersi ciò che su tal proposito ha detto Basnage *delle ipoteche*, cap. 12; ma questo editto però fu revocato, allorquando venne alla luce quello del marzo 1693. Or questo editto, ugualmente che tutti gli altri editti che lo seguirono, pronunziarono non solamente delle penali contro i notari che mancassero di far registrare gli atti nel termine prescritto dalle leggi e dai regolamenti, e contro le parti che si servissero di atti non registrati; ma inibirono, inoltre ai giudici di attenderli in giudizio, e dichiararono che i cittadini, *non potrebbero mediante atti non registrati, acquistare alcun privilegio, ipoteca, padronanza, quietanza, nè qualunque siasi altro diritto, azione, eccezione, nè esenzione*, derogando a tale effetto a tutti gli statuti, editti, dichiarazioni, decreti, regolamenti ed usi in contrario.

Che intese, con questo, di dichiarare il legislatore? Senza dubbio la necessità del registro in un prescritto termine, onde acquistare un privilegio, una ipoteca, e la stessa proprietà. Ma tutti questi privilegj, questi effetti si congiungono essi all'atto, quando sia stato munito della formalità del registro, spirato il termine stabilito? L' ipoteca, di cui unicamente parliamo, aveva ella un effetto retroattivo al giorno dell'atto medesimo, o prendeva vita dalla data del registro? Questo è quanto non si vede, con abbastanza chiarezza, spiegato negli autori, nè nelle leggi che sono state pubblicate fino al 5 dicembre 1790. D'Hericourt, *della vendita degl'immobili* cap. 11, sez. 2 n.° 37, dopo di aver riferite le disposizioni dell'editto del 1693 e dei regolamenti posteriori che dichiararono non potere i cittadini acquistare alcun privilegio, nè ipoteca, mediante gli atti non registrati, aggiunge: » Ciò però non deve-intendersi in modo che l'ipoteca sia stata acquistata dal giorno del registro; poichè l'atto passato avanti notaro porta ipoteca dal giorno della data, *qualun-*

» *que sia il termine entro il quale sia stato registrato.* Ma siccome il re ha ordinato che i giudici non facciano alcuna attenzione agli atti, che non fossero stati registrati, l'ipoteca acquistata dal creditore, dal giorno del contratto, non può aver alcun effetto ».

Egli è cosa impossibile il desumere idee abbastanza chiare, da simili espressioni, nè più di quanto possano ritrarsene dalle susseguenti sullo stesso soggetto. Il rispetto, che nutriamo per questo illustre autore, ci porta a credere che questo passo contenga qualche errore di copia. Con tutto ciò sembra potersene desumere l'idea, che l'ipoteca non abbia effetto che dal giorno del registro. Pothier, *Introd. al tit. 20 dello Statuto d'Orléans, cap. 1.°, sez. 1.° n. 12*, dopo di avere spiegato le forme degli atti, dice semplicemente: » Finalmente, a tenore dell'editto del registro, l'atto per produrre l'ipoteca deve essere registrato. » Prendendo queste espressioni nel loro rigoroso senso, si può concludere che, se l'atto non è registrato, non porta seco ipoteca. Soutlages, nel suo *Trattato delle ipoteche*, che egli aveva composto molto tempo prima della legge del 5 dicembre 1790, emette, pag. 56, un'opinione che, ben lungi dal somministrarci degli schiarimenti in proposito di tal questione, rende anzi più avviluppata la soluzione. » Bisogna osservare, dic' egli, » che sebbene gli atti pubblici non registrati non imprimano ipoteca sui » beni degli obbligati, non ne segue da ciò che il creditore non acquisti l'i- » poteca che dal giorno che l'atto è stato registrato; poichè non è il registro » che accorda l'ipoteca, ma bensì l'atto pubblico, dopo che è stato registrato: » dimodochè un atto che non fosse stato registrato, che molto tempo dopo la » stipulazione, darebbe l'ipoteca al creditore dal giorno della sua data, *per-* » *chè il registro, in qualunque tempo sia fatto, dà all'ipoteca un effetto retroattivo, che la fa rimontare al giorno dell'atto* ». Questa è la questione che si tratta di decidere. Sotto l'attuale nostra legislazione, quantunque fatto fuori del termine prescritto dalla legge, il registro ha egli effetto retroattivo dalla data dell'atto, ossivvero l'ipoteca non prende ella vigore dalla data del registro? Noi siamo d'opinione che debba ammettersi il secondo quesito, decidendoci contro la retroattività.

La legge dal registro del 5 dicembre 1790 contiene delle disposizioni importanti in questa materia. Dice l'articolo 2: » Gli atti dei notari e le cita- » zioni degli uscieri anderanno soggette in tutta l'estensione del regno ad » un registro, *per assicurare la loro esistenza e constatare la loro data* ». L'art. 9 dispone: » Qualunque atto passato avanti notaro, e non registrato » nel termine prescritto dall' art. precedente, sarà considerato come *atto pri-* » *vato.* Il notaro sarà responsabile verso le parti dei danni cagionati loro da

» tale omissione ». Si aggiunge poi : » Nulladimeno l' atto, appena ricevuta » l' annessa formalità, acquisterà la certezza della data, e *l'ipoteca dal giorno » del registro* ».

La legge del 22 frimajo an. 7 ha ella operato cambiamento veruno in tal rapporto? Questa ultima legge non parla punto della nullità dell'atto, nè della perdita di dritto all' ipoteca, per mancanza di registro; e giova rammentarsi ciò che abbiamo già detto, che le nullità non sono di dritto, massima che milita anco nel caso della perdita di dritto all'ipoteca. L' art. 20 della detta legge stabilisce il termine dentro il quale gli atti debbono essere registrati. L' art. 33 si limita a pronunciare una penale contro i notari che non avranno fatto registrare i loro atti nel termine prescritto. Non vi si legge stabilita alcuna pena relativamente alla nullità dell' atto e dell' ipoteca, e potrebbe asserirsi che il legislatore non ha punto inteso che la mancanza di registro renda nullo un atto; ed anzi nell'art. 34, che concerne la mancanza di registro di una citazione nel termine convenuto, oltre la penale pronunziata contro l'usciere, vien dichiarato : « la citazione, o processo verbale non re- » gistrato nel termine, è *dichiarato nullo*, ed il contravventore sarà responsa- » bile di questa nullità verso le parti ». Questa contradizione di disposizioni nei due casi sembra autorizzare l'applicazione della regola , *qui de uno dicit de altero negat*. Nell'art. 42 si dichiara inoltre, che verun notaro, usciere, cancelliere, segretario o altro ufficiale pubblico, non potrà fare o redigere un atto in virtù di un atto privato, o stipulato in paese estero.....*se non è stato precedentemente registrato*. Ma quest'articolo non pronunzia nè nullità, nè perdita di dritto, o sospensione d' ipoteca, e solamente dice, sotto pena di franchi cinquanta, e della personale responsabilità del dritto. In questo caso, potrebbe sempre affermarsi che le nullità e le penali non si sottintendono, ma devono esser sempre pronunciate dalla legge.

Intanto, malgrado queste ragioni, non crediamo dover abbandonare l'opinione che abbiamo già abbracciata.

In primo luogo, un atto senza registro sebbene celebrato avanti notaro non può aver data certa: la certezza di questa data è lo scopo della legge del 22 frimajo anno 7, e di tutta la legislazione precedente relativa alla soggetta materia.

Prescrivere il registro, implicitamente e virtualmente, è un prescrivere la certezza della data, mediante la formalità anzidetta; e da ciò resulta forzatamente che il legislatore ha voluto che gli atti non possino avere altre date, almeno rapporto ai terzi, che quella resultante dal registro.

Avanti lo stabilimento di questa formalità del registro, non si dava

ipoteca in Francia che in virtù d'atti notariali, od autentici, a differenza del dritto romano, che non esigeva tante precauzioni, come altrove abbiamo notato; ed in ciò il dritto francese ha avuto una gran superiorità sul dritto romano. Ora qual era mai lo scopo dell'obbligo di celebrare gli atti avanti notaro? Ce lo spiega Mornac sulla legge 4, ff. *de pign. et hyp. Servat enim universa Gallia ut ad pignus constituendum tabellionis ministerio opus sit*, *ne repeti*, *proeferrique possint dies pactionum*, *vel ut loquimur* ONDE NON SI POSSA ANTIDATARE. Ma se l'esperienza, acquistata sugli abusi, ha fatto considerare la necessità di stipulare gli atti avanti notaro, come insufficiente per la *sicurezza delle date*; e se il legislatore vi ha aggiunto in oltre la formalità del registro, ne viene la conseguenza che alla mancanza del registro bisogna attribuire gli stessi effetti, che si attribuivano avanti alla mancanza dell'intervento del notaro alla celebrazione degli atti. Bisogna però convenire che, sebbene Mornac non ne parli in questo punto, l'ipoteca dipende tuttora dall'autenticità, che resulta principalmente, come già abbiamo osservato, dalla circostanza che l'atto è fatto da un officiale che solo ha la facoltà d'imprimere l'ipoteca. Ma non è però meno vero, che lo stabilimento dei notari ha avuto in mira la certezza delle date, e che questa certezza non è interamente assicurata dal registro.

In secondo luogo potrebbe dirsi, a sostegno della nostra opinione, che rapporto alle conseguenze della mancanza del registro degli atti nei termini prescritti, lo che riguarda l'ordine pubblico, la legge del 22 frimajo anno 7.° non deroga alle antiche leggi, e specialmente a quella del 5 dicembre 1790, di cui l'oggetto principale è stato di stabilire i dritti del registro. È vero che nell'art. 73 si legge: » Tutte le leggi emanate sopra *i diritti di registro*, e qualunque disposizione d'altre leggi, ai medesimi relative, restano annullate per l'avvenire ». Ma non si potrebbe egli sostenere, e con ragione, che questo articolo riguarda unicamente *i diritti di registro*, considerandoli come forma degli atti, e non il registro in se stesso? Allorquando leggi precedenti, e particolarmente quella del 5 dicembre 1790, hanno regolato non dei diritti, ma gli effetti degli atti, nel caso di mancanza di registro nel termine voluto, ci sembra che sia necessaria una legge posteriore bene speciale e precisa, che ne stabilisca la deroga. Altra cosa è l'effetto degli atti in sè stessi, altra cosa è lo stabilire il modo di perciperne i diritti.

Succede lo stesso degli atti notariali non registrati, come degli atti privati, con la differenza che questi ultimi, ancorche siano registrati, non possono aver

il favore dell'ipoteca, se non in quanto siano stati riconosciuti nel modo prescritto dalla legge: al contrario, poi, gli atti notariali, non registrati nel termine stabilito, acquistano la prerogativa dell'ipoteca dal momento in cui vengono registrati dopo il termine precitato, e questo registro produce tale effetto tanto che gli atti siano stati firmati dalle parti o da una di esse, quanto che essi non siano stati firmati. Per aver l'ipoteca, e per conseguenza *per prendere un'iscrizione*, ci vuole un atto autentico. Ora l'autenticità nasce dalla stipulazione dell'atto avanti notaro che gli dà vita, e dal registro (quando viene fatto dopo il termine indicato), che ne rende completa la perfezione, sempre però a contare dalla data del registro. Nel tempo intermedio l'autenticità resta sospesa.

Male a proposito si pretenderebbe che una tal questione non abbisognasse di tanto sviluppo, poichè è probabile che il conservatore delle ipoteche, in ordine all'art. 42 della legge del 22 frimajo anno 7, non riceverebbe un borderò d'iscrizione senza che il titolo, che ne costituisce il fondamento, non fosse registrato. È però facile che a tal proposito nasca qualche errore, ed inoltre fa d'uopo che egli sappia in tutto come regolarsi, tanto di fronte al proprio interesse, che rapporto all'interesse del Fisco. Deve finalmente osservarsi che non essendovi ipoteca fintanto che l'atto resta senza registro, dopo il termine nel quale questo stesso registro avrebbe dovuto farvisi, i beni ipotecati possono in questo intervallo essere gravati d'ipoteche, le quali per loro natura acquistano vita nel momento, senza il soccorso della iscrizione, come sono appunto l'ipoteche, le quali per loro natura acquistano vita nel momento, senza il soccorso della iscrizione, come sono appunto l'ipoteche legali; dimodochè queste ipoteche avrebbero il loro pieno effetto senza saputa di colui il quale avesse di già ottenuta un'ipoteca convenzionale e speciale, ed anco quando questi facesse registrare l'atto successivamente, e prendesse la sua iscrizione. Questa iscrizione non nuocerebbe in alcun modo all'ipoteca legale nell'intervallo acquistata.

All'appoggio della quale opinione noi possiamo invocare una decisione della Corte di cassazione, emanata in proposito di una questione stata decisa cogli stessi principj. È noto che nelle colonie francesi gli atti che vi si celebrano avanti notaro sono esenti dal registro, ma allorquando di simili atti vuolsi fare uso in Francia, allora devono essere registrati. Questa formalità è prescritta da un numero immenso di leggi antiche, e specialmente dalle leggi del 5 dicembre 1790 e da quella del 22 frimajo anno 7. Ella è stata rinnovata dal disposto dell'art. 58 della legge delle finanze

del 28 aprile 1816, e lo stesso deve essere di qualunque atto passato in paese straniero.

Il sig. Lanon, in virtù di un atto celebrato avanti notaro al Capo, isola di S. Domingo, nel dì 7 piovoso an. 5, aveva preso un' iscrizione ipotecaria sopra i beni del sig. Modesto Gauthier, nel 21 germinale an. 8, senza che l' atto fosse registrato: l'iscrizione aveva per oggetto un credito che nasceva da una vendita di diritti di successione consistenti in immobili, e l'iscrizione era stata presa su questi beni stessi, che Modesto Gauthier aveva poi rivenduti a due particolari posteriormente all' iscrizione, circostanza che faceva credere che il creditore avesse inscritto in tempo utile.

I compratori promossero la nullità dell' iscrizione sul fondamento che l'atto del 7 piovoso an. 5, esecutorio in sè stesso nell'isola di S. Domingo, per diventare tale anco in Francia avrebbe dovuto essere registrato. Si impegnò una disputa avanti il tribunale civile di Poitiers sulla validità o non validità della iscrizione. Quel tribunale pronunziò che Lanon non era stato obbligato a far registrare il suo titolo avanti l' iscrizione, fondandosi sul disposto dell'art. 24 della legge del 5 dicembre 1790, la quale dispensava dalla formalità del registro gli atti anteriormente stipulati in paesi non sottoposti al registro. L' applicazione di questo articolo non era giusta, perchè in questo caso si trattava di un atto posteriore alla detta legge: l' atto era del 7 piovoso an. 5, e l' iscrizione era dell'anno 8; d' altronde l' art. 10 della legge del 29 settembre 1791 conteneva a tal proposito una disposizione contraria: in conseguenza la Corte reale di Poitiers, nel giudizio d'appello, con la sentenza dell' 11 brumajo an. 14 dichiarò nulla e di niuno effetto l' iscrizione.

Sull'appello interposto da questa sentenza avanti la Corte di cassazione, la medesima con sentenza del 7 dicembre 1807 dichiarò mal fondato l' appello stesso. La qual decisione si appoggiava all'art. 10 della legge del 29 settembre 1791, e sugli art. 2 e 9 della legge del 5 dicembre 1790, dei quali abbiamo riportato le disposizioni. La Corte di cassazione concluse che, in mancanza di registro, il contratto celebrato avanti notaro al Capo, isola di S. Domingo, nel 7 piovoso an. 5, non poteva essere considerato in Francia che *come un atto privato*, e che, pronunciando che un iscrizione presa in Francia in virtù di un tal contratto era nulla, la Corte reale di Poitiers si era conformata alle leggi superiormente citate. Questa decisione è riportata da Denevers, anno 1807 pag. 561. Noi vediamo che Soutlages, parlando di questa questione molto tempo prima della legge del 5 dicembre 1790 nel suo *Trattato delle ipo-*

teche pag. 29, aveva emesso un'opinione conforme. Deve adunque ritenersi per cosa sicura, che l'ipoteca prende data dal giorno dell'atto, quando l'atto è stato registrato nel termine prescritto dalla legge, e che per il contrario, se l'atto non viene registrato che dopo il termine prescritto, l'ipoteca non ha vita che dal giorno del registro, e da questo giorno soltanto può prendersi l'iscrizione (1).

Eccezione alla regola adottata.

18. Noi crediamo, con tutto ciò, dovere adottare una limitazione alla regola esposta in un caso che abbiamo veduto verificarsi, e che disgraziatamente non è così raro quanto dovrebbe esserlo. Un notaro può falsamente inserire in calce d'una copia, o di una spedizione del contratto, la menzione del pagamento del diritto di registro fatto al ricevitore, e poi indicare il volume ed il numero sotto il quale paresse essere stato fatto il registro. In questo caso il notaro dovrebbe rimanere inquisito per falsità. Vi è però luogo a credere che l'iscrizione presa in virtù di un atto munito della detta menzione, dovesse avere il suo pieno effetto, e la ragione è questa, che in tal caso il creditore è di buona fede; egli ha creduto che il suo titolo fosse in regola: non può imputarseli veruna contravvenzione alla legge; il debitore stesso ha dovuto crederlo, nè sarebbe giusto che egli profittasse della falsità di una menzione che non verrebbe a sua notizia che in progresso di tempo. D'altronde poi il terzo, o creditore, o acquirente, che volesse provocare l'irregolarità della iscrizione, agirebbe in mala fede; poichè, rapporto al suo interesse, basterebbe che egli avesse avuto notizia della iscrizione per tenersi in difesa, e non toccherebbe a lui a giudicare del merito dell' iscrizione rapporto alla falsità che fino allora fosse rimasta ignota.

Delle qualità necessarie al notaro che celebra l'atto.

19. Indipendentemente dalle formalità intrinseche ed estrinseche dell'atto, che sono richieste dalla legge, e perchè possa imprimere ipoteca, biso-

(1) Noi avevamo fatta la dissertazione che sopra, sulla decisione riportata da Denevers nel luogo indicato. Molto tempo dopo leggemmo la dissertazione amplissima e profonda del sig. Merlin sulla questione stessa. Si vede riportata nel Repert. di giurispr. alla parola Registro (diritto di) §. 4.' Noi riponghiamo nuova fiducia nelle nostre opinioni, perchè le ritroviamo conformi a quelle di un profondo giureconsulto.

gna ancora essere cauti che il notaro abbia tutte le qualità necessarie che lo abilitino a rogare gli instrumenti. Bisogna, per esempio, che l'atto sia celebrato nella giurisdizione, circondario, o cantone nei quali l'art. 5 della legge del 25 ventoso an. 11 gli dà il diritto di esercitare le sue funzioni; poichè, se l'esercitasse fuori di quei limiti, perderebbe il suo carattere d'ufficiale pubblico; l'atto sarebbe nullo, se non fosse munito della firma delle parti contraenti, ed essendo munito di queste firme, non varrebbe che come atto privato. È questo il resultato del combinato disposto degli art. 6 e 68 della detta legge del 25 ventoso an. 11, che si referiscono agli art. 1317 e 1318 del Codice civile. Su questa incapacità dei notari può vedersi una decisione dalla Corte reale di Pau degli 11 marzo 1811, riportata da Denevers, an. 1812 pag. 68 al suppl. Questa Corte è giunta fino a stabilire che i notari, nell'intervallo della pubblicazione della legge del 25 ventoso an. 11 alla prestazione del loro nuovo giuramento, non avevano potuto rogare istrumenti nella antica loro giurisdizione, massima che presentava qualche difficoltà.

PARAGRAFO II.

DELLE CONVENZIONI DALLE QUALI EMERGE, O NON EMERGE L'IPOTECA CHE PUO' DAR LUOGO ALL'ISCRIZIONE.

SOMMARIO

20. *L'ipoteca segue le modificazioni delle obbligazioni quanto agli effetti ed all'esecuzione.*

21. *Del termine, o della dilazione apposta all'obbligazione. Osservazioni particolari delle obbligazioni contratte per via di semplici promesse.*

22. *Delle obbligazioni condizionali. Delle condizioni potestative. Delle condizioni casuali.*

23. *Esempj di condizioni potestative.*

24. *Esempj di qualche condizione casuale.*

25. *Della condizione mista, di quella che dipende dalla volontà del terzo.*

26. *Di alcuni casi nei quali, propriamente, parlando non esiste condizione, ma piuttosto reciprocità di promesse.*

27. *Continuazione della discussione sulle obbligazioni condizionali.*

28. *Il creditore, che ha un' iscrizione in forza di un' obbligazione condizionale, non può reclamar niente al di là del suo valore.*

29. *Del mandato.*

30. *Riflessioni generali sull' obbligazioni condizionali. L' ipoteca deve esser sempre certa.*

L' ipoteca segue le modificazioni delle obbligazioni quanto agli effetti ed all' esecuzione.

20. È facile il comprendere che l'ipoteca, quanto a' suoi effetti ed alla sua esecuzione, deve ricevere le stesse modificazioni che sono inerenti all'obbligazione che ne forma la base. Vi sono delle obbligazioni che si contrattano in un modo assoluto, la di cui esecuzione dipende dalla volontà del creditore. Ve ne sono di quelle il di cui importare non è esigibile che nei termini stabiliti. Altre infine ne esistono che sono sottoposte a condizioni di varia specie, e l'ipoteca segue la sorte dell'obbligazioue per garanzia della quale essa è stata stipulata. Questa idea, vera e generale, è stata annunziata con molta chiarezza da Neguzanzio *membro* 2. *parte* 2. *num.* 3 dietro le disposizioni delle leggi romane, e specialmente della legge 5 *ff. de pign. et hypot. Item proemitte quod hypotheca et obligatio bonorum potest interponi in quolibet contractu seu obligatione, sive sit pura, sive in diem, sive conditionalis: et tam in contractu qui de praesenti celebratur, quam etiam pro eo qui jam celebratus est: tam pro toto debito, quam pro parte.* Da ciò resulta che, se vi sono delle difficoltà da chiarirsi, e de' principj da svilupparsi, vi saranno solamente per ciò che riguarda le obbligazioni e le ipoteche contrattate a termine o a condizioni, e meno ancora per le prime che per le seconde; poichè l'obbligazione pura e semplice non è suscettibile di alcuna osservazione.

Del termine, o dilazione apposta all' obbligazione. Osservazioni particolari delle obbligazioni contratte per via di semplici promesse.

21. Quanto al termine accordato al debitore (non importa che sia uno o più) l' ipoteca si opera dal momento stesso del contratto, e da questo momento può darsegli tutta la sua efficacità, mediante l'iscrizione. Il termine non è una condizione: egli non impedisce che l'obbligazione non sia certa. Tutto ciò è notato nella legge 1.° ff. *qui pot. in pign. Non utique solu-*

tionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Questa decisione è sì evidentemente giusta, che non fa meraviglia se sia stata ripetuta da tutti gli antichi autori; perciò ella è consacrata in precisi termini nell'art. 1185 del Codice civ. « Il termine differisce dalla condizione in quanto che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda solamente l'esecuzione ».

Bisogna però su tal proposito fare un' osservazione essenziale per il caso in cui si trattasse di un'obbligazione privata, ed in forza della quale il creditore fosse obbligato di intimare il debitore a riconoscere l'obbligazione onde ottener l'ipoteca. Due decisioni della Corte di cassazione, l'una del 15 gennajo, e l'altra del 17 marzo 1807, riportate da Denevers, anno stesso pag. 114 e 154, ordinarono in forza della legge dell'11 brumajo an. 7, e dell'art. 2123 del Codice civ., che a questo proposito non fa alcuna distinzione, che il creditore dell'importare di una obbligazione per atto privato poteva far citare il suo debitore a riconoscer l'obbligazione anco avanti la scadenza del termine, e che aveva una ipoteca a contare dal giorno dell'obbligazione. Ma successivamente, nel 3 settembre dello stesso anno fu promulgato una legge, la quale stabilisce che, allorquando sarà stata proferita una sentenza sopra una domanda di recognizione di obbligazione fatta avanti la scadenza o l'esigibilità dell'obbligazione medesima, non potrà essere presa alcuna inscrizione ipotecaria in forza di simile sentenza, che in mancanza di pagamento dell'obbligazione dopo la di lei scadenza, o esigibilità, *a meno che non vi sia patto in contrario.* Questa legge contiene in oltre due articoli relativi al caso in cui il debitore debba sopportare le spese della sentenza e quelle del registro.

È adunque naturale che quando l' obbligazione si contratta mediante atto privato, con dilazioni, non deve trascurarsi (cosa che non occorre negli atti notariali), se tale è l' intenzione delle parti, di stipulare che la recognizione della obbligazione potrà essere richiesta avanti la scadenza, o avanti l'epoca della *esigibilità.* Questa ultima espressione vale a spiegare il caso in cui il pagamento sia subordinato ad una condizione.

Il motivo della legge è che, in simile circostanza, il debitore si presume di non aver voluto accordare l'ipoteca al suo creditore, a meno che alla scadenza l'obbligazione non venisse estinta; per togliere di mezzo una tale presunzione, bisogna fare differente convenzione.

Delle obbligazioni condizionali. Delle condizioni potestative. Delle condizioni casuali.

22. Ma relativamente alle condizioni, alle quali può rimanere subordinata la promessa, si presentano delle difficoltà che richiedono molta attenzione. Sta scritto nell'art. 2132 del Codice civile: » L'ipoteca convenzionale » non è valevole, se non in quanto che la somma, per la quale viene accor» data, venga prefissa e determinata dall'atto. Se il credito risultante dall'ob» bligazione è *condizionale rapporto alla di lui esistenza*, o indeterminato » rapporto al di lui valore, il creditore non potrà richiedere l'inscrizione, » di cui sarà parlato in seguito, che fino alla concorrenza del valore estima» tivo che sarà dal medesimo espressamente dichiarato, e che il debitore » avrà il dritto di far ridurre, se ciò potrà aver luogo ».

A favore di quest'articolo si può ottenere un'ipoteca, e prendere un'iscrizione, per una obbligazione *condizionata rapporto alla di lei esistenza*. Ma si comprende però a prima vista che quest'articolo non ha voluto ammettere l'ipoteca, e per conseguenza autorizzare l'iscrizione per ogni qualunque obbligazione che fosse subordinata a delle condizioni, poichè è concepito in senso limitativo rapporto alla natura della condizione. Le condizioni sono di molte specie: alcune annullerebbero l'obbligazione: altre la lascierebbero sussistere dal giorno stesso della loro data: altre infine respingerebbero l'effetto dell'obbligazione e dell'ipoteca, al giorno in cui si verificasse il fatto che forma il soggetto della condizione. Si rende adunque necessario il ricercare ed esaminare queste diverse specie di condizioni.

Questa materia è stata trattata da un gran numero di autori più e meno estesamente. Si renderà assai utile però il ridurre tutte le difficoltà ad una sola questione, che sarà semplicissima, ed alla quale può giungersi tosto che si sia persuaso dei principj con i quali è duopo regolarsi. La questione è questa. Sia o nò condizionale l'obbligazione, lega ella o nò dall'istante del contratto colui che si obbliga? Se sarà legato da quel momento, allora l'ipoteca, alla quale acconsentirà, avrà il suo effetto dal giorno dell'inscrizione che la seguirà, sebbene l'obbligazione sia condizionale, e che la di lei esistenza dipenda da un avvenimento incerto, che può verificarsi e non verificarsi, purchè sia l'evento indipendente dalla volontà, che dia effetto all'obbligazione, e non la sua volontà. Ed in altri termini: Il contratto e l'ipoteca avranno il loro effetto *actu*, se la condizione è puramente *casuale*, e non vi sarà nè obbligazione nè ipoteca se la condizione *è potestativa*, tanto

per parte d'uno come d'un altro contraente, poichè in quest' ultimo caso, parlando in precisi termini, non esisterebbe obbligazione. Tale è l'analisi di quanto si legge nelle leggi romane, e di ciò che ne dicono Bartolo, Cujacio, Neguzanzio nel luogo già citato; Basnage, cap. 6 pag. 71 e 72, edit. del 1702, e cap. 11, pag. 122, 123 e 125; Domat, *Leggi civili*, lib. 3, tit. 1, sez. 1, e seg.; d'Hericourt, *della Vend. degl' imm.* cap. 11, sez. 2, N.° 17; e Pothier *Introd. al tit.* 20 *dello Statuto d'Orléans*, cap. 1, N.° 26 e 27.

Così se l'obbligazione è indipendente dalla volontà o dell'una o dell'altra delle parti, se ella dipende totalmente dal *caso*, come è notato nell' art. 1169 del Codice civile, la di lei esecuzione soltanto rimane sospesa fino all'avvenimento: ma succedendo questo avvenimento, e succedendo nei termini che rendono perfetta la condizione sotto la quale l'obbligazione fu stipulata, questa condizione, perfezionata, acquista un effetto retroattivo al giorno dell'obbligazione, e dell'ipoteca, quando è stata convenuta con specialità, come deve esserlo sotto il nostro attuale regime: ed in questo caso l'inscrizione si può prendere all'epoca istessa della costituzione dell'ipoteca. Tale è la disposizione precisa di una infinità di leggi romane, che riferiscono molti esempi di questa specie di condizione. Questo è quanto resulta specialmente dalle leggi 9 e 11 ff. *qui pot. in pign. Cum enim semel conditio extitit*, così vien detto in quest' ultima legge, *perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est sine conditione facta esset*. Basnage si spiega con molta precisione quando, riassumendo le disposizioni delle leggi e l'opinioni degli autori, dice: « La condizione, che dipende puramente dalla volontà dei contraenti, *sospende l' obbligazione* fino a tanto ch'ella non sia perfezionata; la condizione casuale *proroga solamente l'effetto dell'obbligazione*, ma ciò non ostante ella non lascia di essere egualmente perfetta . . . . Ed in virtù dell'avvenimento della condizione, *l'obbligazione, venendo ad esser perfetta, acquista un effetto retroattivo dal tempo della convenzione.* »

Noi abbiamo osservato negli antichi instrumenti, che i notari dicevano, nel caso di cui si parla, che i beni di colui, che si obbligava eventualmente, rimanevano affetti ed obbligati *da questo come da quel momento*, la quale espressione riuniva ed identificava le due epoche e del contratto e del giorno dell'avvenimento. Questa clausula era l'applicazione pratica dei principj che noi veniamo di esporre. E mentre io ne formavo l'idea, ho osservato che Neguzanzio ne vanta l' energia. Egli la spiega in questi termini memb. 2, part. 2, N.° 4 e 5 pag. 28 e 29, ediz. del 1683: *Clausula ex*

NUNC PROUT EX TUNC. E così ne esprime il valore e l'effetto: *Dicta verba* EX NUNC PROUT EX TUNC *operantur quod non tempus videatur alteri inesse. Valet praesens tempus in futuro, et è converso, et ex quolibet dictorum temporum dici potest conventionem seu actum sumere initium.* In questo senso deve spiegarsi l'art. 1179 del Codice civile nel quale stà scritto: « La condizione perfezionata ha un effetto retroattivo *al giorno nel quale l'obbligazione è stata contrattata:* » Pare che questo principio sia stato attinto in Domat, *Leggi civili* lib. 3. tit. 1, sez. 3, N.° 17, che la spiega nella maniera la più chiara, e dove si trovano delle addizioni importantissime, sulle conseguenze di questo principio. Così, dic'egli, il creditore potrà, avanti che la condizione si sia verificata, vegliare alla conservazione de'suoi diritti, sia prevenendo le alienazioni fraudolenti, sia opponendosi ai sequestri dei beni sottoposti alla sua ipoteca, o interrompendo la prescrizione contro il terzo detentore. Nelle note particolari, si vede quanto debba praticarsi nel giudizio d'ordine nel caso di credito sospeso da una condizione eventuale; e quanto egli espone si pratica giornalmente nei tribunali.

Ma se la condizione apposta alla obbligazione, invece di essere *casuale*, è *potestativa*, allora non esiste obbligazione. Questa condizione non solo ne sospende l'esecuzione, ma ne distrugge l'effetto, o per lo meno, come sostiene Basnage, di cui io ho già riferito l'espressione, questa condizione *sospende l'obbligazione* fino ch'ella non sia perfezionata, poichè è naturale che i contraenti possono completare l'obbligazione modificando una simile condizione.

Esempj di condizioni potestative.

23. Quanto abbiamo detto si renderà più manifesto con gli esempj. Io mi limito a due, che prendo da Basnage. Quanto sono per dire, può sembrare a prima vista troppo elementare, ma questo supposto non è giusto.

Si tratta di una materia naturalmente metafisica, e, quando s'incontrano delle difficoltà, è sempre necessario ricorrere agli elementi.

Relativamente al primo esempio Basnage suppone che un particolare si obblighi in questi termini: *Se Tizio mi presta del danaro, io consento che gli rimanga ipotecato il mio fondo*, e che, avanti di ricevere somma veruna da Tizio, egli contragga una obbligazione con *Sempronio* per danaro che da questi gli sia stato imprestato e numerato; si domanda quale sarà preferibile, Tizio o Sempronio. Egli si decide dando la preferenza a Sempronio, che ha sborsato il danaro avanti Tizio. Egli si fonda sulla dispo-

sizione della legge 11. ff. *qui pot. in pign. hab.* che in effetto è precisa. La ragione è questa che, seguendo l'esempio proposto dalla legge, Tizio poteva non sborsare il danaro, perchè non poteva essere obbligato a ciò fare; e quelli, che consentiva quella specie d'ipoteca, poteva non esser obbligato a ricevere il danaro che Tizio avesse voluto dargli; ora veruno dei contraenti non rimanendo obbligato in virtù di simile convenzione, non vi sarebbe mai stata una reale obbligazione, se non quando Tizio avesse sborsato il danaro; e l'obbligazione, stipulata intermediariamente, avrebbe portato un'ipoteca con effetto. Si può inoltre consultare la legge 9.ª §. *amplius* ff. *qui pot. in pign.*, e la leg. 44. ff. *quae res pign.* Una riflessione giudiziosamente fatta da Domat, Leg. civ. lib. 3. tit. 1. sez. 1, n. 4, conferma questa dottrina: » E d'altronde, dic'egli, se l'ipoteca si acquistasse in questa guisa, sarebbe facile, mediante un'obbligazione di questa natura fatta ad un *presta nome*, ingannare i creditori dai quali si volesse in seguito prender danaro in prestito. » Sebbene l'attuale pubblicità delle ipoteche modifichi questa riflessione, ella non esclude però che in questo rapporto i creditori o acquirenti posteriori non possano opporre la nullità della prima obbligazione, e dell'ipoteca che ne fosse stata stipulata.

Basnage propone il secondo esempio in questi termini: « Se voi mi aveste promesso cento scudi quando andaste a Parigi, e che, per sicurezza della restituzione del vostro danaro, io vi obbligassi i miei beni; e che avanti che voi vi preparaste al viaggio io contraessi dei debiti; sebbene dopo il vostro ritorno io ricevessi il danaro, che mi avevate promesso, voi non avreste ipoteca dal giorno della prima convenzione, ma bensì dal giorno dell'avvenimento della condizione, poichè in quell'epoca solamente l'obbligazione è rimasta compita e perfezionata, e poichè più non dipendeva dalla vostra volontà il non prestarmi il danaro, non potendovici io costringere.» Si comprende, di fatti, che in principio non vi era stata nè obbligazione nè ipoteca, che è quanto viene particolarmente spiegato da Pothier al N.° 205 del suo *Trattato delle obbligazioni*, ed è in questo senso che deve interpetrarsi l'art. 1174 del Codice civile concepito in questi termini: » È nulla qualunque obbligazione che sia stata stipulata sotto una condizione *potestativa* per parte di colui che si obbliga ».

Esempj di qualche condizione casuale.

24. Sarebbe inutile il trattenersi sopra gli esempj d'una condizione casuale. Questa condizione si comprende facilmente, e se ne trovano fre-

quenti esempj negli autori. Noi ci contentiamo di asserire che non vi è niente di più comune in pratica quanto l'obbligazioni subordinate a condizioni casuali. Tali sono le donazioni per causa di morte e di usufrutto, le pensioni vitalizie, o di somme determinate dopo la morte di una persona, o nel caso di sopravvivenza alla medesima. Verificandosi la condizione, l'ipoteca ha vita dal giorno dell' obbligazione, e non dal giorno dell'avvenimento.

Vi sarebbe condizione casuale nel caso che un venditore ipotecasse specialmente altri fondi che quelli venduti, per garanzia della vendita in caso di evizione. Verificandosi questa evizione, l'ipoteca per la garanzia rimonterebbe al giorno dell'atto, e l'iscrizione avrebbe effetto dal giorno della data del medesimo.

Ma poichè lo scopo di quest' opera e d'indicare il modo di contrattare con sicurezza, e di premunirsi contro le negligenze ed omissioni, che potrebbero aver delle funeste conseguenze, noi crediamo dovere osservare, in questo caso, che è dell'interesse del venditore, se pure ciò è possibile, di limitare la durata della garanzia ad un'epoca in cui si abbia certezza, o probabilità, che l'evizione non sia per verificarsi. Questa misura porterebbe il vantaggio di evitare l'incomodo di vedere il proprio patrimonio affetto ed obbligato ad una illimitata garanzia, per la quale di dieci in dieci anni verrebbero ad essere rinnovate le inscrizioni.

Se la garanzia contrattata con stipulazione d'ipoteca, sopra altri beni che quelli venduti, ha per origine delle iscrizioni che gravano questi beni venduti, e che, a tenore della convenzione, l'acquirente fosse obbligato di sopportare, almeno finchè i creditori inscritti lo forzassero a purgare, si stipula ordinariamente che questa garanzia cesserà, e che la radiazione dell' inscrizione ipotecaria, presa in conseguenza dall'acquirente, avrà luogo, quando saranno state tolte le inscrizioni ipotecarie prese dai terzi creditori sopra i fondi alienati.

Della condizione mista, di quella che dipende dalla volontà del terzo.

25. Basnage profondo scrittore di questa materia, ma che non l'ha trattata con sufficiente metodo, dopo di essersi spiegato sulle obbligazioni condizionali, torna a ragionarne al cap. 12, pag. 273, edit. del 1702, assimilando, senz'altra osservazione, la condizione mista alla condizione casuale. « La regola di priorità, dic'egli, ha luogo per le obbligazioni condizionali, come per le obbligazioni pure e semplici, quando la condizione è *casuale*

o mista, e che non dipende dalla *sola* volontà del debitore; in questo caso ella ha un effetto retroattivo al tempo del contratto. » Egli cita due leggi nelle quali non si parla punto della condizione *mista*, ma solamente della condizione *casuale*. Questo autore ha detto una verità; ma divengono necessarie alcune riflessioni per renderla intelligibile, e per far comprendere come possa applicarsi. Per giungere a questo scopo è necessario sapere cosa s'intenda per condizione mista.

Pothier, *delle obbligazioni* num. 201, la definisce così: « Quella che dipende dal concorso della volontà di un creditore e di un terzo, come per esempio: *Se voi sposate mia cugina.* » Il Codice civile art. 1071, la definisce in questi termini: « La condizione mista è quella che dipende contemporaneamente dalla volontà di *una delle parti contraenti*, e dalla volontà di un terzo. » Queste due definizioni sono differenti, almeno in quanto alle circostanze che potrebbero presentarsi, ed alle quali bisognerebbe applicare i principj che la *volontà del creditore* non è la stessa cosa che la *volontà di una delle parti contraenti*.

In fatti, la condizione può riferirsi ad un fatto, che sarebbe considerato come l'avvenimento dal quale dipenderà il destino dell'obbligazione; e spesse volte avverrà che, per dar vita a questo fatto, abbisogni la volontà di una delle parti contraenti, e la volontà di un terzo; ma è da osservarsi se questa parte contraente sia quella che, secondo l'avvenimento o il fatto, avrebbe dovuto pagar la somma, o quella che avrebbe dovuto riceverla. Ora, riflettendo su questa circostanza, si resta facilmente convinti che, qualunque sia delle parti contraenti quella la di cui volontà debba concorrere colla volontà di un terzo per l'adempimento di un fatto che è divenuto l'oggetto della condizione, questa condizione, sebbene *mista* in rapporto alla necessità del concorso di volontà, non lascia di essere una condizione *casuale*: e fin d'allora l'obbligazione stipulata sotto questa condizione, e l'ipoteca che vi è inerente, esistono dal momento stesso dell'obbligazione, e non già dal giorno dell'adempimento del fatto o della condizione, salva però la risoluzione della promessa, sia che si verifichi o non si verifichi l'avvenimento. Dimodochè la definizione data dal Codice civile è preferibile a quella di Pothier. Del resto la definizione di questo autore poteva non presentare idee abbastanza chiare, poichè questa stessa definizione, nel modo che si vede espresso al num. 214, dà maggior peso alle disposizioni gratuite condizionali, che alle convenzioni ordinarie, egualmente sottoposte a delle condizioni: e sarebbe facile rimanere ingannati se si applicassero le stesse regole a queste due materie, che appartengono a de'principj fra loro diversi.

Tutto ciò dipende dalle circostanze, che variano all'infinito, e delle quali può citarsene alcuni esempj. Se Mevio si obbligasse, nella stipulazione d'una ipoteca speciale, di pagare a Tizio una somma, che questo si obbligasse nel modo stesso di restituirla, ma sotto la condizione che Sempronio dovesse associarsi al commercio di Tizio; in questo caso sono d'opinione che verificandosi la società, ella avrebbe un effetto retroattivo al giorno stesso dell'obbligazione, e che l'ipoteca verrebbe acquistata dal giorno di questa obbligazione, e l'iscrizione avrebbe il suo effetto dal momento in cui ella venisse accesa. Intanto sotto un certo rapporto può dirsi che vi sia condizione *mista*, poichè la società preveduta non può formarsi che in virtù del concorso delle volontà di Tizio e di Sempronio; ma al contrario si scorge che in questo caso Tizio non avrebbe nè agito nè contrattato in un senso tale che l'esecuzione della sua promessa dipendesse dalla sola sua propria volontà. Per il solo di lui interesse ha dovuto aver luogo la società. Se questa società succede, basta a Tizio il farla conoscere a Mevio, non resultando dalla società stessa un nuovo contratto. Quello già fatto sussiste in tutta la sua forza: in una parola l' obbligazione non dipende dalla sola volontà di una delle parti contraenti.

Da ciò che abbiamo detto fin qui, resulta, e con più forte ragione, che l'ipoteca resta acquistata dal momento della obbligazione, allorquando dipende dalla sola volontà di un terzo. Allora la condizione può essere assimilata ad una condizione casuale. È contrario alla essenza della obbligazione, dice Pothier, *delle obbligazioni* N.° 205, che ella dipenda dalla sola e pura volontà di colui che venisse sospettato di averla stipulata, ma ella può dipendere dalla pura e sola volontà di un terzo. Ed è perciò ch'io posso legittimamente contrarre l'obbligazione di dare o fare una data cosa, *se una certa terza persona vi acconsente*. Egli si fonda sulle leggi 43 e 44 ff. *de verb. oblig.*

Di alcuni casi nei quali, propriamente parlando, non esiste condizione, ma piuttosto reciprocità di promesse.

26. Noi siamo d'opinione che conformandosi con diligenza ai principj sovra esposti, sarà difficile l'ingannarsi nella loro applicazione. E se questi principj fossero stati bene valutati, si sarebbero evitate molte difficoltà in certi casi, e specialmente nei due sopra i quali sono disparate le opinioni degli autori.

Il Sig. Persil, *Regime ipotecario* sull'art. 2114 del Codice civ. N.° 3, sup-

pone questa ipotesi: « Un banchiere apre un credito ad uno de'suoi corrispondenti, fino alla somma che viene da questi richiesta, ma esige dal medesimo un'ipoteca che viene consentita. Questo banchiere prende subito la sua inscrizione, ed avanti di avere effettivamente sborsato parte alcuna della somma che ha messo a disposizione del suo corrispondente. Questi fallisce ed impegna gli altri suoi creditori ad attaccare quest'ipoteca. Potrà egli ciò farsi sul fondamento che non esistesse obbligazione principale per parte del corrispondente, in quanto che egli non aveva ricevuto danaro, e fatto uso del credito che gli era stato aperto dal suo banchiere; che questa obbligazione non poteva nascere che dal giorno in cui, ricevendo dalla cassa di quest'ultimo il danaro, diventava realmente suo debitore, contraendo la promessa di restituirle le somme che ne ha ricevute? »

Il sig. Merlin, *questioni di diritto* alla parola *ipoteca* §. 3, propone una questione in questi termini: « Quale è l'effetto dell'inscrizione ipotecaria presa da Tizio, in virtù d'un contratto celebrato avanti notaro fra esso ed un manifattore, col quale il primo si sia obbligato di somministrare delle materie greggie al manifattore; il quale, dal canto suo, si è obbligato a lavorare per conto di Tizio, ipotecandogli uno stabile per sicurezza di queste materie, fino alla concorrenza d'una certa determinata somma? L'inscrizione imprimerà ella ipoteca a favore di Tizio, dal giorno in cui sarà stata presa? E dovrà ella avere il suo effetto nel caso che il manifattore, abusando delle materie che gli sono state somministrate, e il di cui importare non resulta che dal carteggio delle parti o dai loro registri, ne abbia disposto come di cosa sua propria? »

In questi due casi l'ipoteca deve rimontare al giorno stesso dell'obbligazione, e l'inscrizione deve avere il suo effetto dal giorno della sua data. Nel primo caso, il banchiere che apre il credito è obbligato di somministrarne l'importare a piacere del corrispondente: e nel secondo caso, il fornitore ed il manifattore hanno respettivamente il dritto di reclamare l'esecuzione del contratto; e la convenzione non s'intende fatta che nell'intenzione d'una immediata esecuzione. La soluzione della questione si trova nella legge *qui dotem* ff. *qui pot. in pign.* Questa legge suppone il caso di un particolare, che abbia ricevuto un'ipoteca per una somma che egli si obbliga di pagare, e che questa condizione sia stata accettata. Suppone ancora che colui che deve pagare la somma, avanti di effettuarne il pagamento, quello col quale egli ha contrattato, accordi ipoteca ad un altro, e che, solamente dopo questa seconda obbligazione, il creditore adem-

pia alla promessa. La legge stessa decide che, in questo caso, la prima obbligazione conseguisce il suo pieno effetto preferibilmente alla seconda. E quale n'è la ragione? La ragione è che (dietro quanto dice Mornac sull'autorità di Baldo e di Bartolo) esisteva un'obbligazione costante ed assoluta, in forza della quale l'uno deve pagare e consegnare, e l'altro deve ricevere, ciò che rientra nei principj che abbiamo già esposti. *Tempus contractae obligationis spectandum*, dice Bartolo, *non autem tempus solutionis seu numerationis*, *quando non est in potestate debitoris pecuniam non accipere*. Anco Baldo si esprime colla stessa fermezza, facendo dipendere ugualmente la data dell'ipoteca dal giorno del contratto, e non da quello del pagamento, quando vi sia obbligazione reciproca, e che l'esecuzione di questa obbligazione non dipenda punto dalla volontà dei contraenti. Osserveremo in fine che non vi è altra ragione che porti ad attribuire ipoteca ad un contratto d'affitto dal giorno che è stato celebrato, quantunque l'affitto non cominci che molto tempo dopo, giacchè, come ci dice d'Hericourt, cap. 11, sez. 2.ª n.° 17, l'affittuario non può esimersi dal portare ad effetto l'affitto a tenore della sua obbligazione. Vi è obbligazione reciproca dal momento del contratto, e da quel momento è perfetta.

Il sig. Persil si era deciso, e con ragione, nella sua ipotesi per la validità dell'ipoteca dall'istante della obbligazione. Il sig. Merlin aveva adottato una diversa opinione, relativamente alla sua ipotesi, che era però suscettibile di una uguale decisione. Egli si era fatto un merito di disingannarsi, cambiando opinione nella seconda edizione della sua *Raccolta di questioni di diritto*. Una obbligazione condizionale, dice egli, può essere inscritta all'uffizio delle ipoteche, come un'obbligazione pura e semplice. La legge dell'11 brumajo anno 7.° non lo inibiva, e l'art. 2132 del Codice civile lo permette formalmente. Da un altro lato, quando la somma per la quale l'ipoteca è stata data, non fosse determinata dal contratto, l'ipoteca sarebbe con tutto ciò suscettibile d'inscrizione, costituendola fino alla concorrenza di un valore estimativo dichiarato dall'inscrivente, salva riduzione, coerentemente al disposto dell'art. 2132; e finalmente il sig. Tarrible adotta precisamente le idee, che noi abbiamo spiegate, in un articolo del Repertorio di giurisprudenza, di cui egli è l'autore, alla parola *Ipoteca* sez. 2.ª §. 3 art. 6.° n.° 3, nel quale offre diversi nuovi esempj (1).

(1) Dopo di avere in questo modo trattata la questione, abbiamo osservato nella Raccolta di *Denevers*, anno 1813, pag. 33, al Suppl., una sentenza della Corte reale di Caen dell'11

Continuazione della discussione sulle obbligazioni condizionali.

27. Deve però farsi attenzione ad una osservazione colla quale il sig. Merlin termina la sua discussione, *Quest. di diritt.* alla parola *Ipoteca.* « Senza dubbio, dic'egli, Tizio (il fornitore delle materie greggie) non potrà in seguito far valere la sua inscrizione, se non che provando con atti autentici ch'egli ha realmente somministrato al manifattore le materie, che questi si è obbligato di lavorare per suo conto. Senza dubbio, nè i suoi libri, nè quelli del manifattore, nè la loro respettiva corrispondenza, potranno servir di prova contro i terzi: ma però, s'egli può provare le consegne con documenti autentici, non potrà mai venirgli opposta la mancanza di inscrizione di questi atti all'uffizio delle ipoteche. »

Il sig. Merlin, ammette il principio, che l'inscrizione dell'ipoteca presa avanti le consegne, deve avere il suo effetto, ma in questo caso vuole che le consegne vengano provate autenticamente. Il sig. Persil è della medesima opinione, rapporto al modo di provare la rimessa dei fondi, nell'ipotesi da esso immaginata. Ma questa opinione può non essere applicabile ad ambe due le ipotesi, nel rapporto di una assoluta necessità. Le circostanze possono influire potentemente, come succede sempre supponendo una frode, sul grado di fiducia che deve aversi rispetto alla tenuta dei libri respettivi, e specialmente quando sono in regola: e la massima generale che sembra resultare dagli art. 1329 e 1330 del Codice civile, e l'art. 12 del Codice di commercio, che i libri dei mercanti non fanno fede che fra di loro, e per oggetti relativi a un medesimo ramo di commercio; questa regola, io diceva, è suscettibile di modificazione nelle due fatte specie di cui si tratta, per la sola circostanza appunto che vi è stata di mezzo un'iscrizione ipotecaria. Difatti qual è l'oggetto di questa iscrizione? È quello di far conoscere, a chiunque voglia somministrar denaro al particolare già gravato d'inscrizione, che esiste una precedente

agosto 1811, che ha giudicato conforme all'opinione già da noi adottata; come pure la sentenza della Corte di cassazione, che rigetta l'appello fatto contro la prima sentenza. La sentenza della Corte di cassazione è riportata nella stessa raccolta, anno 1814, pag. 247. È vero che queste sentenze riguardano la prima ipotesi, ma i principj sono ugualmente applicabili alla seconda. Osserviamo inoltre che, dopo la sentenza della Corte di Caën, il decidente presenta alcune osservazioni contro la sua stessa decisione. Ma dopo di averle esaminate con attenzione, la sentenza mi è sembrata conforme ai principj tanto dell'antica che della nuova legislazione.

ipoteca che primeggerà la sua. Se, malgrado, questo avvertimento, egli contratta con costui, non potrà presumersi che ciò faccia in buona fede, o almeno meriterà la taccia d' imprudente; e nel dubbio, tutto deve interpetrarsi contro chi ha meritato simili imputazioni. Bisogna lasciar al debitore, che sottoscrive l'ipoteca, la facoltà di domandarne o la radiazione o la riduzione; e il terzo, a cui egli ricorre per prender ad imprestito e per obbligarsi, è ordinariamente poco disposto a favorirlo allorquando deve prendere sopra di sè la cura di provare la validità di un' ipoteca già presistente. Si comprende facilmente che, secondo le massime del diritto romano sotto il quale l'ipoteca era occulta, l'ultimo creditore, guidato da un interesse che sembrava allora legittimo, in quanto che era esposto alle frodi, potesse entrare nell' esame della discussione di un' ipoteca costituita precedentemente: ma questa posizione non è più la stessa sotto la nostra legislazione, che ammette la pubblicità dell' ipoteca; al qual proposito dobbiamo osservare che questa pubblicità è quella che deve regolare le idee in un modo ben diverso da quello che si praticava anticamente. Del resto, facilmente si capisce che la diligenza di far constatare mediante atti autentici la rimessa dei fondi e le consegne della mercanzia, a mano a mano che queste vengono eseguite, è il partito più sicuro; noi intendiamo solamente di aggiungere che la mancanza di questa cautela non porterebbe seco la nullità dell' ipoteca, la quale rimonterebbe al giorno della inscrizione.

Il creditore, che ha un'iscrizione in forza di un obbligazione condizionale, non può reclamare niente al di là del suo valore.

28. Termineremo quel che avevo a dire dell' ipoteca condizionale, con una osservazione assai importante. Ed è che allorquando un creditore, a tenore dell'articolo 2132, ha preso un'iscrizione dietro una dichiarazione estimativa, non può dimandare niente di più al di là della stima, essendo il di lui credito indeterminato, almeno contro gli altri creditori e contro l'acquirente. L'inscrizione, mediante la detta stima, diventa un contratto fra i detti creditori e colui che ha preso detta inscrizione. Così fu giudicato con molto fondamento da una decisione della Corte d' appello di Liege del 24 agosto 1809, che si può riscontrare nella raccolta di *Denevers* anno 1810, pag. 100 al Suppl.

Del mandato.

29. Quanto abbiamo fin qui riferito si applica ugualmente al mandato stipulato avanti notaro, in forza del quale il mandante si fosse obbligato a pagare le indennità o i salarj, o le somme avanzate, e le spese del mandatario, ed in forza delle quali questi avrebbe un dritto particolare d'ipoteca contro il mandante; sarebbe indifferente che la somma fosse o nò specificata, ritenuto sempre in questo ultimo caso di dichiararne l'importare approssimativo, conformemente all'art. 2132 del Codice civile.

Dietro i principj sviluppati nei numeri precedenti, il mandante si obbliga realmente e per il suo proprio interesse, ed il mandatario si obbliga di eseguire il mandato. In mancanza di adempimento delle cose convenute nel mandato, il mandatario sarebbe tenuto ai danni dirimpetto al mandante; questi potrebbe inoltre revocare il mandato, facoltà che gli conferisce la legge; ma però l'obbligazione sussiste sempre in forza di un giusto titolo. Di fatti, sulla buona fede del mandato, il mandatario avrà dovuto incomodarsi, avanzare del danaro, e quindi avrà potuto legittimamente prendere le sue precauzioni onde assicurarsene il rimborso, considerato lo stato di fortuna del mandante all'epoca del mandato, fortuna che potrebbbe in progresso di tempo deteriorare.

Potrebbe succedere che il mandatario non potesse adottare queste utili misure prima di cominciare ad avanzare il denaro e fare le spese necessarie per l'esecuzione del mandato, ciò che avrebbe luogo se fosse stato costretto ad allontanarsi dal mandante per una imponente distanza.

Il mandante dal canto suo può precedere con effetto l'inscrizione, contro il mandatario, per sicurezza delle somme che questi dovrebbe incassare per di lui interesse, in forza delle facoltà conferitegli col mandato, purchè l'atto che lo costituisce porti seco una speciale *affettazione* d'ipoteca, ciò per le stesse ragioni dedotte nel caso inverso. Se anticamente esistevano, in tal rapporto delle difficoltà, queste difficoltà si dissipano di fronte al disposto dell'art. 2132, del Codice civile, e dirimpetto alla pubblicità della ipoteca, che come abbiamo osservato riguardano con disfavore i terzi, i quali contrattano, non ostante la notizia di una precedente conosciuta inscrizione, o che sembrano volere acquistare il dritto d'impugnarla.

Riflessioni generali sulle obbligazioni condizionali. L'ipoteca deve in ogni caso esser certa.

30. Del resto noi non pretendiamo avere coll' esposto fin qui esaurito la materia, e detto tutto ciò che potrebbe dirsi sugli effetti delle obbligazioni condizionali. Questa pretensione non poteva caderci in mente.

Non esiste forse in dritto soggetto più vasto ed esteso, e ad un tempo più sottile e delicato, di quello delle condizioni, quando si voglino considerare sotto tutti i loro rapporti. Ciò non proviene soltanto dalla infinita varietà delle condizioni, non solo quando vengono semplicemente apposte alle obbligazioni, ma dai nuovi rapporti sotto i quali fa d'uopo considerare le condizioni, quando vengono apposte a disposizioni gratuite, come abbiamo di già osservato. Al bisogno si possano consultare quelli autori i quali, come Pothier, hanno particolarmente trattato delle condizioni. Gli usi variano all'infinito; e molti, che sembrano una stessa cosa, portano conseguenze diverse; altri che, a prima vista sembrano fra di loro opposti, producono nulladimeno gli stessi effetti. Noi crediamo doverci limitare al nostro oggetto, e crediamo sufficiente l'esporre, con quella maggior precisione che per noi si potrà, i principj generali mediante i quali facil cosa riesca il disimpegnarsi dalle conseguenze.

A quanto è stato fin quì detto delle obbligazioni condizionali, dobbiamo aggiungere un'osservazione applicabile a tutte generalmente; ed è che, di qualunque specie esser possa la condizione alla quale l'obbligazione e l'ipoteca sono subordinate, è indispensabile che l'ipoteca percuota sempre specialmente e direttamente un preciso oggetto; niuna incertezza deve esistere in tal rapporto; il subjetto dell' ipoteca deve esser determinato, come deve esserlo quello dell'iscrizione. Questa è la conseguenza della specialità. L' ipoteca deve essere enunciata nell' iscrizione per certa, e durevole come ogni ipoteca, fino a che quello, che ne rimane aggravato, ottenga la radiazione contro il creditore inscrivente.

Sarebbe troppo pericoloso per quest'ultimo il lasciar sussistere qualche dubbio sull' esistenza e la durata dell' ipoteca, sia rapporto al modo col quale venne costituita, sia dirimpetto alla iscrizione, che deve esserne lo specchio fedele. Deve a tal proposito esistere una chiarezza tale, che non permetta al debitore di prendere il minimo equivoco sulla causa e negli effetti dell'ipoteca, e sullo scopo dell'inscrizione.

Per formarsene bene l'idea, supponiamo il caso in cui un debitore,

per uno stesso debito, volesse ipotecare due immobili, uno principalmente, e l'altro sussidiariamente; di maniera che, all'occasione di dover disporre del primo, potesse domandare che l'iscrizione venisse ristretta unicamente ed interamente sul secondo. Questa non è precisamente una di quelle obbligazioni condizionali con stipulazione d'ipoteca, delle quali abbiamo già parlato, la di cui esecuzione è indipendente dalla volontà delle parti contraenti, e che si verifica solamente nel caso in cui abbia o non abbia luogo un incerto avvenimento: ma queste due specie di condizioni devono essere ravvicinate, ed una decisione relativa all'una di esse può servir di guida all'altra.

Esiste su tal proposito una importante decisione della Corte di cassazione del 5 dicembre 1809, che trovasi nella raccolta di Denevers, pag. 503. La sostanza di questa decisione e i di lei motivi sono troppo lunghi per essere qui riportati letteralmente; basterà sapere che il sig. Bavoux nel costituire una rendita vitalizia di franchi 1200, a favore della propria moglie, dichiarò nel relativo instrumento che questa rendita dovesse percipersi *specialmente* e *limitativamente* sopra una casa ad esso sig. Bavoux appartenente, situata in Parigi via Lepellettier, e *sussidiariamente* sopra altra casa di sua proprietà, situata come sopra in via Rochechouart, la quale seconda e sussidiaria ipoteca non poteva avere effetto, se non nel caso in cui esso sig. Bavoux alienasse la casa *specialmente* e *limitativamente ipotecata*. In questo caso, era stato convenuto che fosse in facoltà del sig. Bavoux di liberare la detta casa dall'ipoteca competente alla di lui moglie costituendola invece o sull'altra casa situata in via Rochechouart, o sopra qualunque altro stabile di sua proprietà suscettibile di un valore e di una rendita certa ed assicurata.

Si faccia bene attenzione alle espressioni con le quali la sig. Bavoux prese la sua inscrizione. Ella l'accese sopra la casa situata in Parigi via Lepellettier, ed aggiunse la facoltà di trasportare la detta ipoteca sopra altra casa ugualmente situata a Parigi in via Rochechouart, nel caso che il di lei marito alienasse la casa superiormente indicata.

Successe in progresso, per diverse cause le quali possono leggersi nella citata decisione, che il sig. Bavoux dissestato ne'suoi affari ipotecò e vendè ambedue le case suddette, ragion per cui la di lui moglie si trovò esposta alla perdita del suo credito, atteso il modo col quale ella aveva presa inscrizione. In fatti fu deciso che la detta inscrizione non dovesse aver alcun effetto, non avendo l'inscrivente realmente che una speciale ipoteca, resultante dall'atto di donazione, sopra la casa situata in via Lepellettier,

con facoltà di trasportare questa ipoteca sulla casa di via Rochechouart, o sopra altro immobile del donante, nel caso previsto; che in conseguenza la sentenza appellata accordando alla sig. Bavoux l'ipoteca sopra la casa di via Rochechouart, a tenore della donazione, aveva manifestamente violata la legge, che non accorda l'ipoteca convenzionale che sopra l'immobile specialmente ipotecato mediante contratto; che invano la sig. Bavoux aveva acceso cumulativamente l'inscrizione sopra ambedue le case, poichè non può prendersi inscrizione che in forza d'ipoteca *specialmente* consentita: Di più, ch'ella non aveva poi presa l'inscrizione cumulativa sopra le due case, poichè in effetto ella si era riservata la *facoltà di trasportarla* sulla casa di via Rochechouart; ma la legge non accorda alcuna esecuzione o effetto d'inscrizione ad un atto che non contiene altro che il *riservo di una facoltà semplice d'inscrivere*, e tanto più perchè ella impone l'inscrizione formale e positiva, che nel caso in disputa non esiste, poichè la suddetta *semplice facoltà* non fu mai realizzata e che d'altronde non si sarebbe potuto esercitare se non nel caso in cui l'iscrizione ipotecaria, accesa sulla casa di via Lepellettier, fosse stata radiata; poichè allora solamente avrebbe cominciato ad avere effetto, mediante l'iscrizione, l'ipoteca sulla casa di via Rochechouart. La Corte di cassazione ha opinato che la Corte reale, giudicando diversamente, aveva violato gli articoli 2, 3 e 4 della legge dell'11 brumaio anno 7.^{mo} la quale, trattandosi d'ipoteca convenzionale, non ammette che la speciale ed accompagnata dalla inscrizione. Questo ultimo motivo è applicabile alle disposizioni ipotecarie del Codice civile.

Questa decisione sembrerà rigorosa; ma sarebbe d'altronde difficile, in massima, il sostenere ch'ella sia mal fondata, calcolata la circostanza che, rigorosamente parlando, non esisteva veruna speciale inscrizione sulla casa di via Rochechouart. Il tribunale di prima istanza e la Corte reale avevano stabilito, in fatto, che l'iscrizione della sig. Bavoux, quale resultava in processo, gravava ugualmente la casa di via Lepellettier e quella di via Rochechouart, ma questa asserzione non era a sufficienza giustificata.

Noi esserveremo, che vi era un mezzo assai facile di prevenire gli ostacoli, per i quali madama Bavoux rimase soccumbente: e questo era di stipulare una ipoteca speciale sopra ambedue le case predette, con facoltà di accendervi le relative inscrizioni, e di convenire inoltre, in forza di un patto espresso e speciale, che, in certi casi da determinarsi, l'ipoteca dovesse cessare di avere effetto sopra uno dei due stabili, sul quale si potesse domandarne la radiazione, rimanendo l'inscrizione nel suo pieno

vigore ed effetto sull'altro stabile. È noto quanto influisca su i resultati delle convenzioni la compilazione delle clausule, e come spesso una falsa compilazione distrugge i patti, contro l'intenzione e l'interesse dei contraenti. Questa ultima osservazione può applicarsi a qualunque obbligazione ed ipoteca convenzionale, secondo il tenore della convenzione.

PARAGRAFO III.

DELLE PERSONE CHE POSSONO O NO DARE IPOTECA. DELLE RATIFICHE DEGLI ATTI NULLI.

SOMMARIO

31. *La facoltà d'ipotecare è la conseguenza della facoltà d'alienare.*

32. *Di coloro che non possono ipotecare.*

33. *Delle donne maritate. Di quelle che sono sotto il regime della comunione di beni.*

34. *Delle donne maritate sotto il regime dotale.*

35 *Della donna separata di beni.*

36. *Della donna pubblica mercantessa.*

37. *Dei minori.*

38. *Del minore emancipato commerciante.*

39. *Degli interdetti, e sottoposti al consulente.*

40. *Delle ipoteche sopra i beni degli assenti.*

41. *Conclusione di quanto è stato detto sulle incapacità d'ipotecare. Osservazioni su i casi delle nullità.*

42. *Degli effetti della ratifica degli atti nulli. Principj generali.*

43. *Delle ratifiche degli atti nulli fatti dalle donne maritate. Del caso di un cambiamento di legislazione sopravvenuto nel tempo intermedio fra l'atto primitivo, e la ratifica.*

44. *Delle ratifiche degli atti nulli fatti dai minori.*

45. *Delle nullità assolute per difetto di forme.*

46. *L'inscrizione deve esser presa in virtù di atti confermativi, uniti agli atti primitivi.*

47. *Degli effetti del silenzio del minore, o della donna maritata, fino al termine di dieci anni, durante i quali l'atto poteva essere impugnato.*

48. *Caso in cui la nullità può essere opposta durante trenta anni.*

49. *Delle obbligazioni contratte dall' impubere.*

50. *Del caso in cui un individuo stasse mallevadore per un altro.*

51. *Per ipotecare un immobile è necessario esser possidente. Dell' ipoteca costituita da un erede apparente, o sopra l' immobile legato.*

52. *Della proprietà che deve aver colui i di cui beni sono affetti da una ipoteca generale.*

53. *Si può nulladimeno ipotecare un immobile senza essere possidente incommutabile.*

54. *Dei beni che possono unicamente essere ipotecati, quando un maggiore si obbliga con una donna maritata, o con un minore, o quando presta loro mallevadoria.*

55. *Dei casi in cui la nullità dell' obbligazione, rispetto al principale obbligato, giovi al mallevadore. Della cauzione del minore. Di quella della donna maritata.*

56. *Di colui che stasse mallevadore per un impubere, o per un interdetto.*

57. *Nel caso in cui il mallevadore non fosse garante dell' eccezione proposta dal principale obbligato, considerata la natura di questa eccezione, dovrà egli garantire che l' eccezione sarà proposta nella stessa dilazione nella quale ella avrebbe dovuto esserlo se il principale obbligato fosse stato maggiore?*

58. *Dell' influenza della qualità colla quale si contratta, sulla validità dell' obbligazione e dell' ipoteca.*

La facoltà d' ipotecare è la conseguenza della facoltà d' alienazione.

31. Noi ci siamo fin ad ora occupati delle forme, le quali debbono necessariamente accompagnare gli atti di stipulazione d'ipoteca, all'oggetto della loro validità. Ma si intende bene che questa validità, dipende da molte altre cause. L'obbligazione e l'ipoteca possono essere valide o nulle, a seconda della capacità o incapacità dei contraenti, ed a seconda che i fondi da ipotecarsi sono o non sono suscettibili dell' impressione dell' ipoteca. Si verificherebbe, per esempio, questo caso trattandosi d'ipotecare oggetti che non sono in commercio, o che, sebbene appartenenti a quello che ha consentito l' ipoteca, non sono suscettibili d' essere ipotecati.

Parleremo delle cose che non sono suscettibili d' ipoteca nel §. I. sezione III del presente capitolo. Per ora deve ragionarsi della incapacità relativamente alle persone.

Cade quì in acconcio di stabilire un principio, che deve ritenersi per fondamentale, e dal quale resulta un'infinità di conseguenze. Questo principio è, che la facoltà d'ipotecare è assolutamente la conseguenza della facoltà di alienare; di modo che la legge priva della facoltà d'ipotecare quelli cui tolse la facoltà di alienare. L'una è conseguenza dell'altra cosa. Le leggi romane e le francesi hanno sempre assimilato l'ipoteca all'alienazione. Così la leg. 1 ff. *Quae res vel pig.*: *Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* E la leg. 9 Cod. *de pig. et hypoth.*: *Quod emptionem, venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* Lo che ha fatto dire a Dionisio Goffredo in proposito di questa legge: *quae expressim vendi, ea pignorari et hypothecari possunt.* Questi principj si trasfusero nel dritto francese, e si applicarono ugualmente ai principj come alle cose. Così Basnage *Trattato dell'ipoteche*, cap. 3 n.° 3, dietro i principj dell'antica legislazione, scriveva: » E siccome la facoltà d'ipotecare appartiene unicamente a coloro che possono liberamente disporre dei loro beni, ne viene di conseguenza che l'ipoteche costituite da coloro, che non possono liberamente disporre, *rimangono senza effetto.* » Al n.° 4. egli fissa anco più precisamente questa comparazione fra la mancanza della facoltà d'alienare e quella d'ipotecare. È facile il comprendere che l'ipoteca non opera la trasmissione della proprietà; la proprietà sussiste sempre presso il debitore, malgrado l'ipoteca. » *Pignus remanet in bonis debitoris* », stà scritto nella legge *Pignus*. Cod. *de pig. act.* Nulladimeno l'ipoteca, impressa sopra i beni, può in mancanza di pagamento condurli ad una vendita forzata, di modo che può considerarsi come diretta ad una alienazione. Dal che è nata la massima: *Per hypothecam pervenitur ad alienationem.* Finalmente la conseguenza della facoltà di ipotecare, premessa quella di alienare, è consacrata nell'art. 2124 del Codice civile: » Le ipoteche convenzionali non possono essere consentite che da coloro, che hanno la capacità d'alienare gli immobili che vi sono da essi sottoposti. »

Sebbene possa sembrare semplice e chiaro quanto abbiamo detto fin quì, potrebbe taluno ingannarsi nella maniera d'interpetrarlo, se io non facessi una riflessione di molta importanza.

Abbiamo detto che la facoltà d'ipotecare è subordinata a quella di alienare, ma passa una gran differenza dal dire che la facoltà di obbligarsi sia subordinata a quella d'ipotecare, e per conseguenza di alienare. Altro è l'obbligazione semplice, altro è l'ipoteca. Vi sono molte persone che possono contrarre obbligazioni, che abbiano effetto sulle loro rendite e sul loro mobiliare; ma che non

possono, al contrario, ipotecare i loro beni immobili, i soli che siano suscettibili d' ipoteca, e molto meno vendergli.

Così i minori e le donne maritate, come in breve dimostreremo, possono, nelle differenti loro posizioni denotate dalla legge, obbligarsi oppignorando le proprie rendite ed il proprio mobiliare, mentre d' altronde non possono nè vendere nè ipotecare, almeno senza adempire alle formalità prescritte dalla legge. Vi è di più: una stessa persona potrà ipotecare certi tali beni, e non potrà ipotecarne tali altri, come avremo occasione di dimostrare in seguito; di modo che la facoltà di obbligarsi, e quella di ipotecare e di vendere, non sono correlative.

Chi non può obbligarsi, non può in ugual modo ipotecare, poichè l'ipoteca non può procedere che accessoriamente da una obbligazione. Ma taluna persona che potrà obbligarsi, non potrà ipotecare; perchè, per giungere alla facoltà d' ipotecare, è necessario posseder quella di alienare, a meno che non vi sia nella legge una eccezione a questa regola. Così, per massima generale, non avvi correlazione che fra la facoltà di vendere e quella d' ipotecare.

Di coloro che non possono ipotecare.

32. Bisogna adunque conoscere le persone che sono nella incapacità legale d' alienare, ed in conseguenza d'ipotecare. Ora, sebbene ciò sembri cosa facile, dietro le disposizioni del Codice civile, è necessario premettere alcune osservazioni, per formarsi delle idee giuste in caso d'incapacità.

Questa incapacità posa sulle donne maritate, sui minori, sugl'interdetti, e sui sottoposti alla media interdizione. Questa incapacità concerne anco gli amministratori dei beni degli assenti.

Delle donne maritate. Di quelle che sono sotto il regime della comunione dei beni.

33. Parlando delle donne maritate deve farsi una distinzione fra quelle che sono maritate sotto il regime della comunione dei beni, e quelle che lo sono sotto il regime dotale. Le prime hanno più libertà che le altre. Questa differenza nasce dalla natura dei principj che reggono questi due regimi. Si vegga circa questa differenza, e su gli effetti ed i vantaggi respettivi dei due regimi, quanto abbiamo esposto al capitolo 3.° sezione 1.ª.

Avvi un articolo importantissimo su questa materia, che ha bisogno di esser ben ponderato per esser bene inteso. Intendiamo parlare dell'art. 217 del Codice civile. Così dice quest'articolo: » La donna seb- » bene non in comunione, o separata di beni, non può dare, alienare, » ipotecare, acquistare a titolo gratuito o oneroso, senza l'intervento del » marito al contratto, o il suo consenso per scritto ». Questo articolo non può esattamente esser applicato ai differenti casi, se non in quanto egli è combinato con gli articoli che compongono i capitoli secondo e terzo del titolo *Del contratto di matrimonio*. Inoltre, se quest'articolo dice, la donna *sebbene non in comunione*, non deve concludersi che parli unicamente della donna *maritata sotto il regime dotale*. E ciò per la ragione che una donna può non esser sottoposta al regime dotale, e nullameno può non essere in comunione di beni. Di fatto l'art. 1530 suppone il patto che gli sposi si maritino fuori della comunione de' beni. Gli articoli successivi ne regolano gli effetti. L'art. 1536 suppone il patto della separazione dei beni stipulato nel contratto di matrimonio: ciò non ostante la stipulazione o dell'uno, o dell'altro di detti due patti, non porta di conseguenza che la donna rimanga sotto il regime dotale. Facil cosa è il convincersene riscontrando gli articoli 1391, 1392, 1393 e 1529. Dipoi l'articolo suddetto 217 parla solamente della incapacità della donna, non in comunione o separata di beni, a dare, alienare, ipotecare, ed acquistare a titolo gratuito ed oneroso, senza il consenso del marito; non vi si parla punto della facoltà della donna ad obbligarsi; ed ella ha, o non ha questa facoltà, secondo i diversi casi denotati dalla legge negli articoli, che è necessario combinare col suddetto articolo 217. In ultima analisi, quale è dunque il resultato di questo articolo? Il legislatore ha voluto stabilire in quello un principio generale, che diventa quasi un regolatore degli effetti delle obbligazioni contratte dalle donne maritate. Questo principio è, che qualunque latitudine il Codice civile conceda alla donna, rapporto alle obbligazioni ch'ella può contrarre, queste stesse obbligazioni devono sempre esser subordinate all'autorità del marito. E se questo articolo tace rapporto alla semplice facoltà d'obbligarsi, ciò proviene perchè i casi nei quali è giusto che la donna possa obbligarsi, indipendentemente dal consenso del marito, sono specialmente previsti dalla legge: il che succede particolarmente allorquando l'obbligazione è stata creata dalla donna separata di beni, e quando questa obbligazione non investe i beni dotali. La necessità dell'autorizzazione del marito è stabilita nell'interesse della donna, e per vedute morali. È necessario che il marito vegli alla conser-

vazione del patrimonio della propria moglie; ed ogni acquisto di beni immobili fatto dalla donna, come ogni donazione che ad essa venisse fatta, deve avere una causa cognita. Sono queste le idee che si attingono nella discussione del Consiglio di stato sull'articolo 217. Vedi *le Confer. del Codice civile*, tom. 2 pag. 108 e 109.

Così, parlando delle obbligazioni che le donne maritate possono stipulare con ipoteca, si vede nel capitolo 2 del titolo *del contratto di matrimonio*, che generalmente tutte quelle, che sono maritate sotto il regime della comunione dei beni, hanno la capacità di obbligarsi, di ipotecare, ed anco di alienare i loro beni dotali, mediante però l' autorizzazione del marito. In generale osserviamo qui che, ogni qualvolta la legge concede la facoltà di alienare, questa facoltà porta seco virtualmente quella di ipotecare, sebbene questa stessa facoltà non sia sempre la conseguenza del dritto d' alienare. Così, per esempio, negli articoli 1535 e 1537 non si parla punto del dritto d' alienare: quindi si comprenderà bene che, a tenore dei principj superiormente stabiliti, il dritto predetto porta seco la facoltà d'ipotecare; ma le condizioni imposte, e le formalità prescritte per l'alienazione, sono sempre comnni alla facoltà d'ipotecare.

Delle Donne maritate sotto il regime dotale.

34. Passiamo alle obbligazioni delle donne maritate sotto il regime dotale. Non potendo queste partecipare agli effetti dell'economia, ed ai frutti dei lavori e dell' industria dei loro mariti, a differenza di quelle che vivono nella comunione, la legge le ha compensate vegliando con particolarità alla conservazione de'loro beni proprj. Quindi è che sotto tali vedute hanno esse minor libertà in ciò che concerne la facoltà di alienare ed ipotecare. L'articolo 1554, che ha per oggetto il regime dotale, porta che gl' immobili costituiti in dote non possono alienarsi, nè ipotecarsi durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente, salve le seguenti eccezioni. Queste eccezioni trovansi negli articoli 1555, 1556, 1557, e 1558. Basta osservare che nel caso degli articoli 1555 e 1556 trattasi soltanto del potere di donare per parte della moglie, coll'autorizzazione del marito per la collocazione de'figli: ma la donazione, essendo un'alienazione, ne segue che la moglie, ne'medesimi casi, ha la facoltà di obbligarsi ed ipotecare i suoi beni dotali. L' obbligazione con ipoteca può avere il medesimo effetto della donazione, relativamente all'oggetto che il

legislatore ha avuto in mira, e può essere più utile alla moglie secondo lo stato e la circostanza della sua fortuna. Parimente, nel caso degli articoli 1557 e 1558, si vede soltanto la facoltà di alienare; e, dietro il rapporto che esiste fra l'alienazione e l'ipoteca, questa facoltà di alienare porta dietro quella d'ipotecare; imperocchè la sola obbligazione con ipoteca, che dovrebbe sempre farsi colle stesse formalità, eccetto tuttavia la formalità dell'incanto nel caso previsto dall'articolo 1558, può produrre in favore della moglie lo stesso effetto, e con più vantaggio.

Ma, fuori che nei casi enunciati negli articoli 1557 e 1558, la moglie non può più obbligare i suoi dritti dotali mobili, di quello che non potrebbe obbligare ed ipotecare i suoi beni dotali immobili.

Rispetto alla capacità di obbligarsi, per parte della moglie, si era elevata la questione, se la proibizione di obbligare i suoi beni, vivendo sotto il regime dotale, anche coll'autorizzazione di suo marito, tranne i casi eccettuati dalla legge, dovesse aver luogo pei beni mobili dotali, come pei beni immobili della stessa natura: ma l'affermativa non poteva incontrare ostacoli. Sotto questo regime tutto tende alla conservazione della dote, e quindi tutto ciò che è dotale deve rimanere intatto in favore della moglie e de' figli. Tutti i beni dotali, qualunque ne sia la natura, presentano i medesimi effetti, e divengono egualmente l'oggetto della legge, secondo lo spirito di questo regime. A tale oggetto mi contenterò d'indicare alcuni decreti. La Corte di cassazione, con un decreto del primo febbrajo 1819, ha applicato, per una donna maritata sotto il regime dotale stabilito dal Codice civile, il principio che emana dalle leggi romane, e che è stato in tutti i tempi seguito ne'paesi regolati da queste leggi, cioè, che la dote mobiliare è soggetta all'istesso vincolo della inalienabilità, al pari della dote immobiliare. Essa ha quindi giudicato che l'obbligo solidale, contratto da due conjugi maritati sotto il regime dotale, non può, dopo la separazione de' beni, essere sperimentato sulla dote della moglie, quantunque questa dote consistesse in una somma di danaro. Un altro decreto della medesima Corte, del 28 giugno 1810, avea già deciso coi medesimi principj, che una donna maritata in paese di dritto scritto, non avea potuto sotto il Codice civile, ed in un paese anticamente consuetudinario ove aveva il marito trasferito il suo domicilio, rinunziare in profitto de'creditori del medesimo all'ipoteca da lei acquistata su i di lui beni per le somme che le erano state costituite in dote.

Finalmente due decisioni della Corte reale di Limoges, l'una del 18 giugno 1808 e l'altra degli 8 agosto 1809, giudicarono che non potevasi

ottener condanna contra le donne maritate sotto il regime dotale, e separate di beni, per oggetti che erano stati ad esse somministrati, e che sembrava del pari averne profittato ed il marito ed i figli. Vi erano delle circostanze molto favorevoli che tendevano alla legittimazione di tali imprestiti. Ciò non ostante, il rigor de' principj, queste donne non essendo giudicialmente autorizzate a vendere, nè ad ipotecare, diede luogo a pronunziar la nullità delle condanne, e delle iscrizioni ipotecarie ch' erano state prese su i loro immobili dotali. Queste decisioni sono assolutamente uniformi ai principj relativi alla inalienabilità di questi beni. Ma debbo far osservare che amendue queste decisioni danno ad intendere che l'ipoteca, nascente dai giudizj di condanna resi contra le mogli, potrebbe rimanere sopra i beni stradotali che gli appartengono (1).

Perchè si resti convinti che l' inalienabilità de' beni dotali colpisce i mobili, e gl' immobili, basta prestar attenzione a quanto dispongono gli articoli 1540, 1541 e 1542. Da questi risulta ad evidenza che, ogni qualvolta che il regime dotale è stabilito, tutti i beni della moglie, sia mobili, sia immobili, sono dotali. L'articolo 1554 parla solo degl' immobili dotali; ma perchè? Perchè allora il legislatore volea soltanto occuparsi della interdizione di alienare e d'ipotecare, la quale s'applicava principalmente agli immobili. Ma è egualmente vero, che seguendo lo spirito e l' economia generale della legge, la dote, ancorchè mobiliare, deve, al pari della immobilare, restare intatta per vantaggio della moglie in esclusion del marito, che non può appropriarsela, nè direttamente, nè indirettamente, dappoichè la moglie non potrebb'esserne indennizzata colla partecipazione de' beni che si sarebbero acquistati dal marito durante il matrimonio.

Ma rispetto ai beni parafernali, che formano una natura di beni ammessa soprattutto nel regime dotale, vi sono delle regole ben diverse. La moglie può alienare questi beni, disporne ed ipotecarli, se sono della natura degl' immobili, ma solamente sotto l'autorizzazione del marito, articolo 1376. La necessità di questa autorizzazione è una conseguenza dell'articolo 217, e di ciò che ho detto al numero antecedente, relativamente a questo articolo.

(1) Sulle quattro decisioni da me citate veggasi Denevers an. 1819, pag. 129; an. 1810, pag. 357; an. 1809, pag. 11; e Sirey an. 1809, parte 2, pag. 337.

Della moglie separata di beni.

35. Nel regime della comunione, la moglie, quantunque separata di beni, non può alienare, e quindi obbligare ed ipotecare i suoi immobili, senza l'autorizzazione del marito, o, al rifiuto di questo, senza quella del giudice. Tale è la disposizione dell'articolo 449. La separazione de' beni non arreca sotto quel regime verun cangiamento alla capacità della moglie: essa soltanto l'investe dell'amministrazione de'suoi beni. Ma i legami del matrimonio non per questo cessano di sussistere, e, giusta il principio consacrato nell'articolo 217, la moglie separata di beni è sempre soggetta, almeno per quel che concerne la disposizione della sua proprietà, all'autorizzazione del marito.

Si è dovuto certamente restar sorpreso in veder sorgere sotto il regime dotale la pretensione, che la moglie essendo separata di beni potesse alienare ed ipotecare i suoi fondi dotali coll'autorizzazione del marito. Tale opinione era molto erronea, e non potea più sostenersi dietro l'interdizione assoluta portata dall' articolo 1554, che regola particolarmente i dritti della moglie nel regime dotale. Questa interdizione esiste in tutti i casi, o che la moglie sia separata di persona e di beni, o soltanto di beni, o che questa separazione non esista: l' autorizzazione del marito sotto quel regime non abiliterebbe la moglie in niun caso ad alienare, o ad ipotecare i suoi beni dotali. Ciò che avea dato campo all' errore è la disposizione scritta nell'articolo 1449, che applicandosi agli effetti della separazione, sia di persona e di beni, sia di beni soltanto, vuole che la moglie così separata possa alienare i suoi immobili col consenso del marito, o coll'autorizzazione del magistrato. Ma questo articolo 1449, relativamente all'inalienabilità degl' immobili, ha soltanto riguardo al regime della comunione; ed è, a tal riguardo, assolutamente straniero al regime dotale, sotto il quale la libertà di disporre, per parte della moglie, è unicamente regolata dall'articolo 1554. Come sotto il regime della comunione la moglie non può alienare o ipotecare i suoi beni che coll' autorizzazione del marito, così il legislatore ha temuto che non si credesse che la separazione di persona, o di beni, dovesse emanciparla da siffatta autorizzazione, ed è per tal ragione che ne dichiara il contrario in questo art. 1449. Ma, seguendo l'analogia esistente tra l'art. 1449, e l'art. 1554 egualmente che sotto il regime della comunione, il potere della moglie non si accresce colla separazione, così egualmente, malgrado questa circostanza, la moglie non acquista maggior libertà sotto il regime

dotale. L'art. 1563, che trovasi collocato nel capitolo che parla del regime dotale, dispone che, se la dote è in pericolo, la moglie può dimandare la separazione de' beni, come vien detto nell'art. 1443 e seguenti, ciò che si stende all'art. 1449: dal che si è creduto doversi conchiudere che quest' ultimo articolo si applicava tanto al caso del regime dotale, quanto a quello della comunione.

Ma un siffatto modo di ragionare era molto vizioso. Il legislatore, rinviandoci coll'art. 1563 agli art. 1443 e seguenti, ha avuto soltanto in mira ciò che riguardava le formalità della separazione di beni, sulle quali non ha voluto ripetere le stesse cose; ma non si può supporre che abbia inteso applicare al regime dotale gli effetti della separazione indicati per il regime della comunione. Non essendovi stata dichiarazione espressa per il regime dotale, ciò che è regolato secondo l'articolo 1554 relativo soltanto a questo regime, rimane assoluto. È pur tale lo spirito di tutta la nuova legislazione, che si conforma per questa parte all' antica, e specialmente alla legge 29 Cod. *de jure dotium*, la quale è precisa. Sicchè la donna maritata nel regime dotale, separata o no, non può alienare nè ipotecare i suoi beni dotali, anche coll' autorizzazione del marito, salve le eccezioni stabilite dalla legge. Ciò che dee togliere tutte le difficoltà insorte su questa questione è un decreto della Corte di cassazione del 19 agosto 1819, che ha in simil guisa giudicato. Denevers, lo stesso anno, pag. 503. I veri principj della materia si rinverranno sia nel disposto del decreto, sia nello sviluppo luminoso che presenta la decisione della Corte reale di Rouen, contro la quale erasi appellato; sia finalmente nelle osservazioni, che si sono fatte dall'autore della Raccolta in seguito del sopraddetto decreto.

Resta un' osservazione a farsi sulla facoltà di obbligarsi, per parte della moglie separata sotto i due regimi, relativamente alle sue rendite ed ai suoi mobili. Giusta la seconda parte dell'art. 1449 ella ne può liberamente disporre. Quantunque non si tratti allora della facoltà d'ipotecare, ma solo di una semplice facoltà di obbligare, non essendo questi suscettibili d'ipoteca, ciò non ostante giova il dirne una parola, avendo veduto insorgere delle difficoltà su questo proposito. I termini di questa seconda parte dell'art. 1449 non si ritrovano sotto la rubrica del regime dotale, ma non si dee supporre che, anche sotto quest' ultimo regime, non sia concessa la medesima facoltà alla moglie separata. La ragione è semplicissima: vi è identità di motivi per i due regimi. Nell' uno e nell' altro la separazione de' beni ha l'effetto di ritirare dalle mani del marito l' amministrazione di questi oggetti, e di darla alla moglie. Tale è l'origine della facoltà data

alla moglie di disporne liberamente. I nuovi principj sono intorno a ciò uniformi agli antichi.

Malgrado ciò, vi possono essere dei casi in cui l'interesse della moglie e della sua famiglia esigerebbe ch'ella fosse vincolata nella libertà di disporre de'suoi beni mobili, o di obbligarli, soprattutto se derivassero dalla sua dote mobiliare. Se la moglie fosse proclive a dissiparli, ne resulterebbe una sventura pei suoi figli: questa dissipazione potrebbe altresì ridondare in pregiudizio al marito. Ciò potrebbe avvenire sotto due rapporti: in primo luogo perchè, in virtù dell'art. 1448, la moglie, quantunque separata di beni, deve contribuire, in proporzione delle sue facoltà, tanto alle spese domestiche, quanto a quelle dell'educazione della prole comune; in secondo luogo, perchè può essere stata accordata al marito una sopravvivenza sui beni della moglie, la quale svanirebbe se ella avesse la facoltà di dissiparli. Quindi seguendo l'antica giurisprudenza di certi tribunali, nel tempo stesso che si pronunziava la separazione dei beni, si ordinava un utile impiego del denaro dotale della moglie, di cui ella percepiva soltanto le rendite. A tal riguardo il Codice civile non ha potuto protrarre tanto lungi le sue precauzioni. Ma nulla impedisce che in simili casi la saviezza de' tribunali vi supplisca, sia di uffizio, sia sulla domanda del marito e dei parenti, o del pubblico ministero.

Ho lette delle decisioni che secondo le circostanze hanno ordinato delle precauzioni. La Corte reale di Riom, prima camera civile, in una decisione de' 29 agosto 1821, colla quale ordinò una separazione di beni, annullando una sentenza, pronunziò la seguente disposizione: « E nondimeno, attesochè è conveniente nell'interesse del matrimonio, di provvedere onde la signora ..... (la cui separazione di beni erasi ordinata) non possa dissipare le somme che le potranno spettare dalla sua dote mobiliare, la Corte ordina ch'ella non possa ricevere le somme a lei dovute sull'eredità materna, del pari che quelle che potrebbero spettarle per qualunque altra futura successione, se non coll'obbligo d'impiegarle utilmente, e con sicurezza, con la facoltà di esigerne le rendite; quale impiego sarà fatto coll'intelligenza del consiglio di famiglia convocato nel modo ordinario. Vedi Sirey, 1820 part. 2, pag. 311, ed un decreto della Corte di cassazione de'24 luglio 1821. Denevers, lo stesso anno pag. 449.

Della moglie pubblica mercantessa

36. Relativamente alla moglie ch'esercita pubblica mercatura, per determinare la misura degli obblighi ch'ella può contrarre, bisogna combinare l'art. 220 del Codice civile cogli art. 5 e 7 del Codice di commercio.

L'articolo 4 del Codice di commercio stabilisce, che la donna maritata non può esercitare pubblica mercatura, senza il consenso del marito. Si concepisce che questo consenso dev'essere consegnato in un atto autentico; poichè, come vedremo, la moglie dichiarata pubblica mercantessa può in un caso obbligare anche suo marito. Nell'art. 220 del Codice civile si dice, che la moglie, esercitando pubblicamente la mercatura, può senza l'autorizzazione del marito contrarre obbligazione per ciò che concerne il suo negozio; e che nel detto caso ella obbliga anche il marito, se tra essi vi è comunione. La stessa disposizione è contenuta nell'articolo 5 del Codice di commercio; ma la disposizione dell'art. 7 dello stesso Codice è particolarmente rimarchevole. Ivi si dice, che le donne maritate, le quali esercitano mercatura pubblica, possono pignorare, ipotecare ed alienare i loro beni immobili, e poi soggiugne: « Tuttavia i loro beni stipulati dotali, quando sono maritate sotto il regime dotale, non possono essere ipotecati, nè alienati, fuorchè nei casi determinati, e colle forme stabilite nel Codice civile.

La discussione che si fece in Consiglio di stato su questo articolo 7, ci fa conoscere che questa disposizione modificativa vi fu inserita per spiegare il senso dell'art. 220 del Codice civile. Quest' ultimo articolo presentava una latitudine tale, relativamente alla capacità della moglie esercente la pubblica mercatura, che si temè di doversene dedurre la facoltà in lei di poter ipotecare, ed anche di alienare i suoi beni dotali. Ma l'importanza di questi beni, ed il favore che è dovuto alla loro conservazione, hanno fatta assimilare la moglie, esercente la pubblica mercatura, alle altre donne maritate per ciò che riguarda i beni dotali; e la capacità di obbligarsi per parte della prima è stata ristretta agli altri suoi beni diversi da quelli che sono dotali, salvo, rispetto a questi ultimi, le formalità richieste dalla legge, qualora vi fosse necessità di venderli.

Dè' minori.

37. Relativamente ai minori, convien distinguere quegli ch' è emancipato da quello che non lo è. In quanto al minore, non emancipato, egli non ha mai la facoltà di ipotecare i suoi beni. *Pupillus*, è detto nella Legge 1.ª ff. *quae res pign., sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest.* Per conseguenza egli non può vendere, nè contrarre alcuna sorta di obbligazione, senza essere necessariamente rappresentato dal suo tutore. Ciò non ostante, i suoi immobili possono essere ipotecati, anche convenzionalmente, o con ispecialità: ma ciò non può essere che col mezzo di un tutore, nei

casi previsti, e colle formalità prescritte dall'art. 457 e seguenti, e dall'art. 2126 del Codice civile. Allora tutto quello, ch'è stato fatto con queste formalità, dee considerarsi come se fosse stato fatto dallo stesso debitore nella sua maggiorità, giusta l'art. 1314 del Codice medesimo. Secondo l'art. 2126 i giudizj resi contro i tutori imprimono su i beni de' minori la stessa ipoteca che quelli resi contro i maggiori.

Rapporto poi al minore emancipato, combinando gli art. 481, 483 e 484, ne risulta che, quantunque egli possa da sè solo fare atti di semplice amministrazione, non bisogna per questo concludere che, in occasione di questi atti, egli possa anche da sè solo prendere ad imprestito, alienare, e quindi ipotecare, senza osservar le formalità sanzionate per gl' imprestiti dall'art. 403, e senza quelle prescritte per l'alienazioni, e, per conseguenza ancora per le ipoteche, dall'art. 484. Gl'imprestiti, e specialmente le alienazioni, e le ipoteche sono atti di un altro genere, e di assai maggiore importanza di quelli relativi alla pura amministrazione. Le obbligazioni per questi ultimi atti possono attaccare i mobili e le rendite degl'immobili, ma non mai gli immobili stessi, senza le formalità prescritte dagli art. 483 e 484, in modo da potersi dire che la nostra legislazione, relativamente ai minori emancipati, è uniforme all'antica. Tenevasi per massima in Francia che il minore emancipato aveva la libera disposizione de'suoi mobili, e delle rendite de'suoi immobili; ma non poteva giammai alienare nè ipotecare gl'immobili senza le formalità richieste in simili casi pei minori non emancipati.

Su tale oggetto può riscontrarsi Argou, *Instituz. al diritto francese* tom. 1, lib. 1, cap. 8, pag. 64, ediz. del 1753; e Pothier, *Introduz. al tit. 9 dello Statuto d'Orléans*, §. 4, n.° 23, come pure il suo Commentario sull'art. 181 dello stesso Statuto. In questo articolo, e nelle osservazioni di Pothier si rinvengono i veri principj antichi, i quali sono assolutamente conformi a quelli dedotti dagli art. 481, 483 e 484 del Codice civile. Ma in quanto al modo, ed ai casi di restituzione de'minori emancipati per le obbligazioni da essi contratte, l'antica giurisprudenza era vacillante; mentre l'art. 481 del Codice presenta a questo proposito una legislazione stabile.

Del minore emancipato commerciante.

38. I principj che riguardano il minore emancipato commerciante si attingono nell'art. 487 del Codice civile, e negli art. 2 e 6 del Codice di commercio. Vien detto, nell'art. 487, che il minore emancipato, esercente un traffico, è considerato maggiore pei fatti relativi al traffico istesso. Questo ar-

ticolo non conteneva che la sola indicazione di un principio il quale avea bisogno di essere organizzato, e che infatti lo fu quando il legislatore si occupò del Codice di commercio. L'art. 2 di questo Codice ha prescritto delle formalità, la cui osservanza è indispensabile, onde il minore emancipato possa esser considerato agli occhi della società come commerciante, ed obbligarsi effettivamente per quel che concerne si fatta qualità. La disposizione dell'art. 6 merita che vi fissiamo la nostra attenzione. » I mercanti di età minore, autorizzati come si è detto di sopra (art. 2), possono obbligare ed ipotecare i loro beni stabili. Essi possono anche alienarli, ma seguendo le formalità prescritte negli art. 457 e seguenti del Codice civile.

Se convien riferire alle alienazioni la stretta osservanza delle formalità enunziate nella seconda parte di questo articolo, e se conviene ammettere che la facoltà d'ipotecare vada esente da tali formalità, ne risulterà una specie di antinomia col principio da me stabilito nel numero 31, che la facoltà d'ipotecare, è correlativa a quella di alienare; di modo che, la seconda non esistendo, non dovrebbe esistere neppur la prima: il qual principio è una chiara conseguenza dell'art. 2124 del Codice civile. Sembra strano come un minore commerciante possa per i fatti del suo commercio ipotecare da sè i suoi stabili, e senza il vincolo di alcuna formalità, quando poi non potrebbe venderli senza tali formalità, potendo le ipoteche nelle loro conseguenze produrre il medesimo effetto delle alienazioni. La facoltà d'ipotecare può anche offrire maggiori inconvenienti, in quanto che vi si può essere portato con più facilità, non ravvisandovi da prima il pericolo che offre la vendita, la quale a primo aspetto presenta l'idea di uno spoglio.

Ma i ragionamenti devon cedere all'espressa disposizione di una legge. Ora, non si può non iscorgere nell'art. 6 del Codice di commercio, come eccezione al principio generale, che il minore mercante può da sè e liberamente ipotecare i suoi beni stabili, ma che non può alienarli senza osservare le formalità a tal uopo prescritte. La tessitura dell'articolo conduce necessariamente a questa idea; giacchè, nel modo col quale è concepito e diviso nelle sue parti, non si può nel medesimo tempo applicare l'osservanza delle formalità alla facoltàd'ipotecare enunziata nel primo paragrafo, ed a quella di alienare, che forma l'oggetto del secondo. Questa intenzione si ravvisa inoltre nella maniera colla quale si espresse l'oratore signor Jard-Pauvilliers, nel suo rapporto al Tribunato: » Essi (cioè la moglie che esercita pubblica mercatura, ed il minore commerciante) possono obbligarsi per quel che riguarda il loro commercio: la moglie obbliga anche suo marito, se fra essi vi è comunione di beni. Essi possono obbligare ed ipotecare i loro stabili,

ed anche *alienarli*, coll'eccezione però e colle formalità prescritte ne' casi determinati dal Codice civile per l'alienazione de'beni de'*minori* e de'beni delle mogli *stipulati dotali.* » È impossibile di non iscorgere in ciò una facoltà illimitata accordata al mercante di età minore, per quel che concerne l'ipoteca, ed un inceppamento per l'osservanza di alcune formalità, ma solamente rispetto all'alienazione. L'oratore del governo, nei suoi motivi, non dà idee bastantemente precise perchè si possa fondare un'opinione sul modo col quale egli si spiega.

Ma la facoltà accordata al minore di divenir commerciante, è più saviamente organizzata nella nostra legislazione di quel che il fosse nell'antica. A tal riguardo, l'art. 6 del titolo 1.° dell'ordinanza del 1673, si contentò di confermare una giurisprudenza più antica, la quale riputava anche maggiore, per i fatti del suo commercio, il minore emancipato che era commerciante: ma non si veggono formule stabilite perchè gli si potesse senza gravi inconvenienti dare il titolo di commerciante. Poteva prenderselo per volontà propria congiunta a dei fatti di commercio. Osserverò esser sempre cosa utile, che il minore emancipato commerciante, il quale si obbliga avanti notaro per i fatti relativi al suo commercio (il che importa in favore del creditore la facoltà di prendere una iscrizione ipotecaria) dichiari che *i danari da lui presi ad imprestito sono per essere impiegati in questo commercio*. Jousse, sull'articolo di sopra citato dell'ordinanza del 1673, ne fa una specie di necessità, onde, in caso di controversia, colui che presta non sia ridotto all'obbligo di far la pruova di questo impiego. Non vi sarebbe la medesima necessità per un semplice biglietto *valuta ricevuta contanti*, che potrebbe fare il minore. Questo scrittore indica ancora le precauzioni da tenersi per i casi dell'alienazione che far potrebbe il minore commerciante de'suoi beni, per impiegarne il prezzo nel suo commercio, o per pagare quel che dovrebbe. Ma ciò che questo scrittore dice, a tal'oggetto, è divenuto inutile dopo le formalità prescritte per la facoltà di alienare, mediante l'art. 6 del Codice di commercio.

Si comprende facilmente che tutti gli articoli di legge, da me citati, intorno ai minori emancipati o commercianti, si applicano egualmente alle minori emancipate, che sarebbero autorizzate a trafficare, uniformemente all'art. 2 del Codice di commercio. Sembrerebbe inoltre che le medesime disposizioni legislative fossero applicabili al minore emancipato, che come artigiano sarebbe autorizzato ad esercitare un'industria. Tale sembra di essere lo spirito dell'art. 2 del Codice di commercio; e ciò che il farebbe già supporre si è la circostanza che l'art. 1308 del Codice civile pone al mede-

simo livello, in quanto alla restituzione contra le obbligazioni, il minore commerciante ed il minore *artigiano* in quanto all'arte sua.

Degl' interdetti, e di coloro che sono soggetti ad un consulente giudiciale.

39. Relativamente agl'interdetti ed a coloro a'quali, per cagion di debolezza o di prodigalità, si destina un consulente giudiciale, basta ricorrere pei primi agli art. 509 e 2126 del Codice civile, che li assomiglia del tutto ai minori, vale a dire, ai minori non emancipati; e, pei secondi, agli articoli 499 e 513 dello stesso Codice. Costoro son tutti obbligati con l'ipoteca convenzionale accordata da' tutori per i minori, e per coloro che hanno un consulente giudiciale, colle formalità richieste, nell' istesso modo che se i minori l'avessero data nella loro maggiorità, e gli altri avanti la nomina del loro consulente: e tutto ciò risulta dall'art. 1314.

Delle ipoteche su i beni degli assenti.

40. Non mi resta che a parlare delle ipoteche che si possono prendere sui beni degli assenti. Si dice nell'art. 2126 del Codice civile, che i loro beni, *tanto che il possesso non è deferito che provvisoriamente*, non possono essere ipotecati che per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, o in virtù di sentenze. Per la ragione che questo articolo comprende nella sua disposizione (di una maniera complessa, che fa nascere qualche oscurità) gli assenti coi minori e gli interdetti, si potrebbe credere, a prima vista, che coloro fra i parenti degli assenti, ai quali il possesso provvisorio è deferito dall'art. 128, potrebbero, respettivamente ai beni di questi assenti, ipotecarli, come lo farebbero i tutori de' minori e degli interdetti, osservando le formalità prescritte a questi: ma ciò sarebbe un errore. L' art. 2126 deesi riferire, in ciò che concerne gli assenti, all' art. 128. Ora dicesi in questo articolo: » Non potranno alienare, nè ipotecare i beni immobili dell'assente, coloro i quali non li possederanno *che a titolo d' immissione provvisoria* ». Questa disposizione è indefinita ed assoluta; essa, senza modificazione o distinzione, importa la proibizione ai parenti, che sono stati immessi nel possesso provvisorio, di alienare o ipotecare i beni dell' assente. Che ne deriva da questo? Che i parenti non possono punto consentire una ipoteca convenzionale su i beni degli assenti, anche colle formalità sotto le quali i beni de' minori e degli interdetti potrebbero

esser sottoposti a questa ipoteca dai loro tutori; in modo che la sola risorsa, che abbiano i creditori degli assenti, è di ottenere dei giudizj in conformità dell'art. 134, contro coloro i quali saranno stati provvisoriamente messi in possesso de' beni. Queste sentenze imprimeranno su i beni una ipoteca giudiciale, poichè questi beni sono per tale ipoteca sempre passivi. Il che è stato giudiziosamente osservato dal signor Tarrible nel suo articolo del Repertorio di giurisprudenza del signor Merlin alla parola *Ipoteca*, sez. 2, §. 3, art. 6, n.° 2, e dal signor Favard nel suo Trattato *delle ipoteche*, pag. 15 e 16.

Conclusione di ciò che si è detto sulle incapacità d' ipotecare. Osservazioni su i casi di nullità.

41. Dopo quel che si è detto, si giudicherà facilmente in quale caso le stipulazioni delle ipoteche, per parte di quelli che non hanno il pieno esercizio de' loro diritti, saranno valide o no. Bisogna osservare che le ipoteche, consentite dalle persone che sono in questa posizione, saranno nulle allorchè esse non si troveranno ne' casi in cui la legge le dichiara valide, o che queste ipoteche non fossero state sottoposte alle formalità ch' essa prescrive, quantunque la legge non pronunzii espressamente la pena di nullità. Non è qui che deesi invocare la regola che le nullità non si suppliscono, e che esse non hanno luogo di pieno diritto. La ragione si è che gli articoli da me citati sono concepiti in termini proibitivi, *non può*, *non possono*, e che questi termini importano la nullità di ciò che si è fatto contra le loro disposizioni, giusta il sentimento di Dumoulin, cotanto noto, e ch' egli manifesta sulla Legge 1, ff. *de verb. oblig.* num. 2. *Particula negativa, praeposita verbo POTEST, tollit potentiam juris, et facti, designans actum impossibilem.* Per la verità Dumoulin dice bene che questa regola non è sempre rigorosamente osservata. Egli spiega, sullo Statuto di Parigi, gloss. 3, *in verbo* Può, alcuni casi nei quali la regola dev' essere modificata. Ma sarebbe in tal proposito inutile di farne una dissertazione: basta dire che, secondo lo stesso Dumoulin, le parole *non può* importano una proibizione assoluta, e conseguentemente nullità di ciò che fatto si sarebbe contro al divieto, ogni qualvolta trattisi, come nel caso attuale, d'una materia nella quale la legislazione è di sua natura proibitiva. Egli non ammette eccezione se non *quando materia non est de se prohibitiva.* Si può vedere ancora ciò ch'egli dice su queste parole, *non vi è luogo nè permesso*, dello Statuto locale di Menat in Auvergne.

Bisogna osservare ancora che, giusta l'art. 1125 del Codice civile, le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, o della donna maritata, coi quali hanno contrattato. Tale era altresì la giurisprudenza antica, e la ragione n'è semplicissima. Ciò ch'è introdotto in favor di una persona, non può essere rivolto contro di essa; e la disposizione della legge cessa quando coloro, in favore de' quali la nullità è pronunziata, vogliono rinunziarvi. Ma sarebbe ben diverso se il contratto fosse affetto da una nullità che attaccherebbe l'atto nella sua sostanza, come quella che resulterebbe dal dolo, dall'errore o dalla violenza, o da ciò che sarebbe contrario ai costumi; o, ancora, se l'atto fosse nullo per un vizio di forma che lo annullerebbe nella sua essenza, in guisa che dovesse considerarsi l'atto come non esistente. Sarebbe questo allora il caso d'invocar la massima *quod nullum est, nullum producit effectum.* La nullità assoluta o radicale escluderebbe ogni idea di nullità semplicemente relativa.

Dell' effetto della ratifica di atti nulli. Principj generali.

42. Presentansi ancora su questo soggetto delle difficoltà che è indispensabile di esaminare onde si abbiano nozioni chiare sulla soggetta materia. Le persone che hanno contratte delle obbligazioni e che hanno stipulate ipoteche, malgrado il divieto che gliene fa la legge, secondo la posizione in cui si ritrovavano, possono quindi, subitochè hanno ricuperata la capacità di contrattare liberamente, ratificar le ipoteche primitive in profitto di coloro in favor dei quali erano state promesse, o de' loro eredi; e se, fra gli atti primitivi e le ratifiche, vi fossero state altre obbligazioni contratte, bisognerà esaminare quale sarà il destino di queste obbligazioni; il che dipenderà dalla questione di sapere se la ratifica avrà un effetto retroattivo alla prima ipoteca, in modo da renderla valida dal dì medesimo in cui sarà stata data, o se, al contrario, la ratifica non dà effetto a questa prima ipoteca che dal giorno istesso della ratifica. Si intende bene l'enorme differenza che può risultare, relativamente all'interesse di quelli che hanno contrattato nel tempo intermedio, dalla fissazione dell'effetto del contratto ratificato al giorno della data di esso, o dalla fissazione di quest'effetto al giorno soltanto della ratifica.

Questa questione è stata trattata da parecchi scrittori antichi (1). L'e-

(1) Si può consultare, fra gli altri, Mornac, sulla legge 16 ff. *de pig.*; Ricard, *delle donaz.* par. I. cap. 4, n.° 1264; Duplessis, sopra Parigi, pag. 381 383, e 384, ediz. del 1709; una

stensione che la maggior parte di essi han data alle loro discussioni, fa desiderare un riepilogo di quel che essi han detto, mercè il quale pervenir si possa, in un modo semplice e sicuro, ad una soluzione. Ciò è tanto più indispensabile, quanto questi autori in varj punti non sono tra loro d'accordo; e, d'altronde, l'antica giurisprudenza è suscettibile di riforme in molte parti, a motivo della introduzione della pubblicità delle ipoteche, che, com'è noto, ha portato un gran cangiamento nelle idee sulla legislazione ipotecaria; in modo che molte opinioni antiche, ed anche molti antichi decreti, resterebbero ora senz'applicazione. Fa d'uopo quindi ridurre la questione nei termini più semplici, ed adattare la sua decisione e le conseguenze di questa decisione al sistema della pubblicità, che forma la base della nostra legislazione.

Ora è un principio certo, che le ratifiche retroagiscono in modo da ricongiungere la ratifica all'atto ratificato. Tale è la disposizione della legge 16 ff. *de pig. et hypot.* Essa è relativa ad un caso particolare in cui la ratifica era assolutamente necessaria per convalidare un atto il quale nel suo principio era senza effetto, poichè vi si tratta della ratifica per parte del proprietario di un oggetto, che senza sua saputa sarebbe stato ipotecato da un altro. Eccone le parole: *Si nasciente domino, res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipso quod ratum habet voluisse eum* RETRO CURRERE RATIHABITIONEM AD ILLUD TEMPUS QUO CONVENIT. Ma un tal principio è soggetto a due condizioni, che ci vengono insegnate da Mornac, con altrettanta brevità che semplicità, su questa legge medesima.

La prima è che, acciò la ratifica sia valida in sè stessa, e faccia rivivere il contratto primitivo che viene a riunirsi colla ratifica, per formare un titolo istesso, bisogna ch'essa venga fatta da quelle medesime persone il cui concorso sul principio sarebbe stato necessario per la validità dell'atto. *Si modo tamen*, dice Mornac, *duo extrema sint habilia*; *alias enim non retroagitur*. Questa condizione si applicherebbe al caso in cui una moglie avesse obbligati i beni proprj, senza l'autorizzazione del marito, e questi venisse in seguito a ratificare quest'obbligo, ma dopo la morte di essa. *Veluti*, dice l'autore, *si maritus ratum habeat contractum uxoris, ea defuncta.*

lunga dissertazione nel Giornale di palazzo, tom. 1, pag. 10, sopra un decreto del 23 luglio 1667; Basnage, *Trattato delle ipoteche* cap. 3; d'Héricourt, *della vendita degli immobili*, cap. 11 sez. 2, n. 7 et 8; Auroux de Pomiers sull'art. 171, n.° 28, e sull'art. 173, n.° 12 e seg. dello Statuto del Borbonese; e Pothier, Introd. au tit. 20 dello Statuto d'Orléans, cap. 1 sez. 2, §. 2, n.° 24.

La seconda condizione importantissima, riportata da Mornac al principio generale della retroattività della ratifica al contratto primitivo, si è, che per quanto regolare fosse la ratifica, rispetto all' interesse delle parti contraenti, essa sarebbe assolutamente senza effetto riguardo all' interesse de' terzi i quali avessero validamente acquistati de'dritti fra il contratto primitivo e la ratifica. *Distinctio tamen*, egli dice, *et in schola, et in foro, perpetua haec est, ut nimirum si agatur de praejudicio* TERTII, *retro trahatur numquam ratihabitio;* SECUS SI DE SOLO RATIFICANTIS DAMNO. Così Bartolo, sulla legge *Si indebitum*, §. *si procurator*, ff. *rem ratam haberi*, rigettava l'effetto retroattivo della ratifica, allorchè si trattava dell'interesse di un terzo, in questi termini: *Quia actus medius interveniens, impedit ratihabitionem trahi retro* IN PRAEJUDICIUM TERTII, *cui jus intermedio tempore quaesitum fuit.* Veniamo ora alle applicazioni di siffatti principj.

Delle ratifiche di atti nulli fatti dalle donne maritate. Del caso di un cangiamento di legislazione sopraggiunto fra l' atto primitivo e la ratifica.

43. Sulle prime distinguerò le ipoteche convenute dalle donne maritate, da quelle date da'minori.

In quanto alle prime, se una donna maritata sotto il regime dotale, o sotto un altro regime misto il cui risultato fosse egualmente di non poter ella nè ipotecare, nè vendere i suoi beni dotali, ciò non ostante ella gl'ipotecasse, è chiaro, che questa ipoteca sarebbe assolutamente nulla; in modo che se, divenuta libera, ella avesse ipotecati i suoi beni ad un'altra persona, quest'ipoteca dovrebbe avere tutto il suo effetto, e non sarebbe annullata dalla ratifica da essa fatta in seguito del primo contratto costitutivo d'ipoteca su gli stessi beni. La ratifica in tal caso non avrebbe effetto retroattivo al primo atto, in pregiudizio del terzo.

È da dirsi lo stesso della moglie, se si trovasse nella circostanza di non poter ipotecare nè i suoi beni dotali, nè altri beni, se non che coll'autorizzazione del marito, e se essa gli ipotecasse senza questa autorizzazione; o se il marito gl' ipotecasse da sè solo, o in nome della moglie, o con promesse di far da questa ratificar l'ipoteca. In ambi questi casi, l'ipoteca che la moglie, divenuta libera, farebbe in vantaggio di un'altra persona, non riceverebbe alcun nocumento da una ratifica ch' essa farebbe posteriormente al primo

contratto costitutivo d'ipoteca. Tutto ciò risulta da' principj che ho di sopra esposti, e segnatamente dalla dottrina di Mornac (1).

La medesima discussione avrebbe luogo se, dopo un cangiamento di legislazione, un terzo avesse acquistato, in tempo della ratifica dell'atto, un dritto di far risolvere quest'atto medesimo, dritto ch'egli non avrebbe avuto sotto l'impero della legislazione esistente in tempo che l'atto fu stipulato. È in quest'ultimo senso che la Corte di cassazione ha rigettato, il 12 dicembre 1810, il ricorso fatto contro un decreto della Corte reale di Riom. Il decreto della Corte di cassazione è riportato nella raccolta di Denevers, an. 1811, pag. 63. Claudina Duvergier, moglie di Giorgio Cotte, domiciliata in paese sotto il regime della comunione, aveva dei diritti indivisi con suo fratello sulle successioni de' loro genitori. Giorgio Cotte, vendè da sè solo, come marito, questi diritti al sig. Gagnon il 19 nevoso anno 11, colla promessa di far ratificare la cessione da sua moglie. Secondo la legislazione esistente all'epoca di questa vendita, il coeredo non poteva esercitar la domanda di surroga alla successione. Il dì primo fruttidoro anno 12, la signora Cotte ratificò questa cessione. Sulla domanda di divisione delle due successioni fatta da Gagnon contra Duvergier, fratello della cedente, questi dimandò di essere surrogato all'acquisto fatto da Gagnon, in virtù dell'art. 841 del Codice civile anteriore alla ratifica, col quale erasi fatta rivivere l'azione del coerede per la surroga, e che era stata per lo innanzi soppressa. Si elevò quindi la questione di sapere se bisognava decidersi per la legislazione esistente all'epoca della cessione, o per quella ammessa all'epoca della ratifica. Fu deciso che, trattandosi di un atto nullo nel principio, egli non aveva avuto effetto se non dal giorno della ratifica, e che potevasi rendere nella specie adattabile l'art. 841 del Codice civile, senza dargli l'effetto della retroattività. Come vedesi, la specie è diversa da quelle da me esposte: ma i principj sono i medesimi, trattandosi anche qui dell'interesse de' terzi.

(1) Ho letto nella terza edizione delle Questioni di diritto del signor Merlin, alla parola *Ipoteca* §. 4, delle opinioni che sarebbero contrarie a ciò che ho detto, almeno sotto alcuni rapporti. Ho avuta cognizione di questa nuova edizione quando il presente paragrafo del mio trattato si stampava. Io credo di non dover cangiar niente di quello che ho scritto. Farò frattanto qualche osservazione sulle opinioni contenute in questo paragrafo 4 del signor Merlin, e nel §. *bis* sull'effetto della ratifica fatta da una moglie divenuta libera, dell'obbligazione da lei contratta non essendolo, e che sarebbe nulla nel principio. Si vegga la nota sul finire del numero seguente.

Delle ratifiche di atti nulli fatta da' minori.

44. Vado ad esaminare qual' effetto aver possa una ratifica fatta da un maggiore di un atto stipulato in minorità, contenente una promessa di ipoteca. Convien determinare l'effetto di questa ratifica relativamente al terzo, il quale nell' intervallo dell' atto alla ratifica avesse ricevuto sul medesimo fondo una ipoteca speciale per parte di colui che, dopo la prima ipoteca, fosse divenuto maggiore e libero, e che in pregiudizio della seconda ipoteca avesse voluto ratificar la prima. Ciò che si può dire dell'ipoteca speciale, può dirsi egualmente dell' ipoteca generale, e della giudiciale che colpisce i beni fra l'atto primitivo e la ratifica dell' atto come dell' ipoteca legale della moglie. Ciò è tanto più vero rispetto a quest'ultima ipoteca, in quanto che è cosa indubitata che essa colpisce non solo i beni del marito minore, ma anche quelli del marito maggiore a contare dalla celebrazione del matrimonio, senza che vi fosse intervenuto alcun atto o sentenza.

Una questione di simil fatta è stata sempre delicatissima. Se ne resterà convinto al solo consultare le autorità che ho di già indicate nella nota al numero 42. Ciò che ha cagionato immensa confusione è stato il non aver distinto in un modo molto esatto i mezzi coi quali le obbligazioni contratte dai minori possono essere impugnate. Si confondevano con molta facilità le nullità legali, che potevano viziare le obbligazioni, coi mezzi che, prendendo soprattutto di mira la minorità, erano semplici mezzi di restituzione in intero, che davano luogo alla rescissione dell' atto. Il minore era rilevato, perchè si presumeva essere stata la vittima della debolezza della sua età, e della sua inesperienza. Nel primo caso, l' atto doveva essere annullato, astrazion fatta della lesione o di qualunque altro mezzo che avesse potuto far pronunziare la semplice restituzione. Queste ultime circostanze non dovevano neppure essere esaminate. Nel secondo caso poi la rescissione, o restituzione del minore contra l'atto, era interamente subordinata alla questione di sapere se si era o nò abusato della sua minorità, qual questione era puramente di fatto. Allora l' atto non era nullo nel principio, come nel primo caso, ma soltanto capace di essere annullato. *Non nullus sed annulandus.*

Ma quand' anche l'azione di semplice rescissione, o restituzione introdotta dal minore, venisse rigettata, e che la esecuzione dell'obbligazione avesse dovuto restar ferma, la sua validità non importerebbe quella del-

l'ipoteca. La ragione è che il minore non avrebbe potuto mai ipotecare effettivamente i suoi immobili. La facoltà d'ipotecare è subordinata a quella di vendere. Erano questi i principj del diritto romano, come si è veduto nel numero 31. Ancorchè l'obbligazione dovesse sussistere, l'ipoteca non avrebbe dovuto esser che nulla. Tal è il risultato di parecchie leggi particolari del diritto romano, e soprattutto della legge 3 Cod. *de his qui veniam, etc.* Essa proscrive l'ipoteca accordata da un minore, egualmente che la vendita da lui fatta de' suoi beni stabili. Gli stessi principj si rinvengono nella legge 1 §. 4 e nella legge 2 ff. *de rebus eorum qui sub tut.* L'obbligazione formava sempre un impegno verso il creditore; ma impegno senza ipoteca. Ora la obbligazione sola lega molto bene la persona, colpisce del pari gli oggetti mobili, ma non affligge però gl'immobili. Ciò risulta dalla definizione che ho data dell'ipoteca, al n.° 4, e che io credo esatta: *Per hypothecam non obligatur persona debitoris, sed res.* Tutto indica, appunto perchè l'ipoteca era un accessorio inseparabile dall' obbligazione, che siffatta riunione era di diritto e senza stipulazione, aveasi una tendenza a far sussistere l'una coll'altra; in modo tale che se una obbligazione fatta da un minore, che avesse avuti beni stabili, veniva ratificata quando egli era maggiore, la ratifica, almeno giusta la decisione di parecchi tribunali, aveva un effetto retroattivo alla data dell'obbligazione, tanto per l'ipoteca quanto per l'obbligazione da cui quest'ipoteca nasceva.

Ma bisogna ormai venire ai principj del Codice civile. Ora la nullità dell'ipoteca si vede ben più energicamente espressa di quello che il fosse stato nell'antico diritto, quantunque l'obbligazione del minore sussistesse. Rispetto al minore non emancipato, egli non può avere più autorità di quella del suo tutore, e, giusta l'art. 457, il tutore *non può* nè vendere nè *ipotecare* i beni del minore, senza le formalità per questi atti prescritte. Il divieto d'ipotecare è posto al livello con quella di vendere relativamente al minore emancipato; l'art. 481 gli accorda l'amministrazione, e vuole che non sia restituibile, relativamente agli atti di questa amministrazione, se non nel caso in cui potesse esserlo uno di età maggiore. Ivi ben si scorge il principio di una semplice azione di restituzione, o di rescissione. L'art. 483 non gli permette di prendere ad imprestito, se non osservando le formalità ivi indicate. Questo permesso, limitato all'imprestito, importa l'esclusione di potere ipotecare.

Questo articolo 483, nel permettere di poter prendere ad imprestito, non l'accorda se non per i soli atti di amministrazione ai quali si rife-

risce. Ma l'art. 484 gli vieta imperativamente la facoltà di vendere e di alienare, ed in conseguenza anche quella d'ipotecare, che non può separarsi dalla facoltà di vendere. Finalmente il minore emancipato, o nò, è indubitatamente compreso nell'art. 2124, ove sta detto che le ipoteche convenzionali non possono essere stipulate se non da coloro che hanno la capacità di alienare i beni stabili che vi sottopongono. L'art. 2126 pronunzia ancora la nullità di tutte le ipoteche con cui si vorrebbero gravare tutti i beni de' minori indefinitivamente. Giammai vi è stata nullità pronunziata in un modo tanto preciso. È stata dunque volontà del legislatore che, qualunque sia il destino dell' obbligazione, l'ipoteca non potesse sostenersi.

L'ipoteca essendo dunque nulla, e di una nullità sì formalmente pronunziata dalla legge, non si sa concepire come mai potrebbe rivivere per effetto di una ratifica fatta nella maggiorità, in pregiudizio d'ipoteche convenzionali, giudiziali, o legali, che avrebbero utilmente colpito l'immobile prima della ratifica. Fra due ipoteche fissate sopra gli immobili la regolare è quella riconosciuta dalla legge, e non si può mettere in bilancia con quella che la legge espressamente proibisce e rigetta. All'oggetto: combina precisamente la dottrina di Bartolo e di Mornac, da me sviluppata nel n.° 42. *Actus medius interveniens, impedit ratihabitionem trahi retro in praejudicium tertii*. Perciò non v'ha dubbio che la ratifica fatta in età maggiore non possa avere il suo effetto fra il debitore che ratifica e il creditore. Una tal ratifica assicurerà a quest' ultimo tutto ciò che è possibile che ella assicuri, come a cagione di esempio, i danni ed interessi per la inesecuzione dell' atto primitivo, i frutti percepiti durante la minore età di colui che ha prestato il suo consenso a quest'atto primitivo, ove si trattasse di una vendita; e gli interessi che fossero stati pagati durante questa stessa età minore, quando si tratta di una semplice obbligazione. Tutto questo riguarda soltanto il creditore, ed il debitore che ratifica. Però Mornac decidendosi contra l'effetto retroattivo della ratifica, limita un tal effetto al solo interesse del debitore che ratifica, *secus si agatur de solo ratificantis damno*. Ma la ratifica, relativamente a' terzi, è sempre inefficace.

Si vorrebbero forse seminar de' dubbj sulla nullità dell' ipoteca promessa dal minore nel tempo stesso che egli contrasse la sua obbligazione, e ciò fondandosi sull'art. 1304 del Codice civile? Poichè il detto articolo parla nel tempo medesimo dell'azione di *nullità*, e di *rescissione*, e poichè l'esercizio di questa azione è limitato a dieci anni, se ne vorrà forse

dedurre che la nullità dell'atto, e quindi della ipoteca, dipende dalla rescissione o restituzione, che allora non è una nullità radicale, ma una semplice nullità che potrebbe o nò essere pronunziata secondo la natura de' fatti, e che potrebb'essere sanata dalla ratifica che avrebbe un effetto reotiattivo al giorno dell'atto? Ma ciò sarebbe lo stesso che sovvertire tutte le idee, ed aprire il campo ad una confusione la quale diverrebbe la sorgente di una immensità di errori. Sicchè ben ravvisasi sotto varj aspetti la importanza di penetrare il vero senso dell'art. 1304. A dire il vero, in conformità dell'antica legislazione, il minore ha un'azione di semplice restituzione e rescissione per le convenzioni che far potrebbe, dalle quali deriverebbero contra di lui degl'impegni, astrazione fatta da ogni ipoteca: e questi impegni potrebbero non colpire che i soli suoi beni mobili. Gli art. 481, 1305 e 1306 del Codice civile, come parecchi altri offrono diversi casi che potrebbero dar luogo ad una tale azione. Gli autori del Codice civile hanno voluto restringere la durata dell'esercizio di quest'azione a dieci anni, come si praticava prima del Codice, ed è stato questo l'oggetto dell'art. 1304. Ma da ciò risulta forse che il minore non abbia diritto di sperimentare se non la sola azione di restituzione subordinata al fatto, e non possa invocare le nullità che hanno luogo *ipso jure?* Ecco appunto ciò che non potrebbe affermarsi. Rimane sempre una nullità di questo genere per l'ipoteca, o per vendita che il minore ha stipulato durante la sua minorità: nullità la quale fa sì che questa ipoteca, questa vendita riguardar si debbano fin dal principio come prive di effetti. Vero è che il legislatore ha prescritto la necessità di esercitar l'azione nel corso di dieci anni, o che si tratti di semplice restituzione o rescissione, o pure di nullità legale indipendente dalle circostanze. Ma lo stabilimento di una prescrizione, per esser comune a tutte queste azioni, non ne altera la natura. Questo articolo comprende nella stessa prescrizione di dieci anni la nullità degli atti stipulati dalle *donne non maritate autorizzate*: or, con qual ragione potrebbe mai sostenersi che quest'ultima nullità non sia nullità legale che affetta l'atto nella sua essenza?

Per ben comprendere la disposizione dell'art. 1304, la cui savia redazione merita di essere meditata, conviene che le si ravvicini la disposizione dell'art. 134 dell'ordinanza del 1539, articolo importantissimo, che è stato seguitato fino alla pubblicazione del Codice civile, e ciò non ostante mal inteso il più delle volte e per lungo tratto di tempo. Prima di questa ordinanza il sig. Baurdin, procuratore del re al parlamento di Parigi, fa-

cendo le sue osservazioni su questo articolo, diceva esservi gran diversità di opinioni sul termine accordato al minore per reclamare. Gli uni gli concedevano 30 anni, gli altri meno, e le distinzioni si moltiplicavano all'infinito. Soggiungo che tutte queste difficoltà, originate dal testo del romano diritto, le quali grandissima confusione occasionavano, vieppiù si aumentavano per la circostanza che questo diritto attaccava alla *restituzione in intero* una idea molto più estesa di quella che in Francia realmente fosse. Sotto la denominazione di *restituzione* vi si comprendeva il diritto di farsi rilevare da ogni pregiudizio sofferto per cagione di errore derivante da un fatto proprio o da un fatto altrui; per essere stato mal difeso nei giudizj; per essere stato soverchiato da un magistrato; e per altre moltissime cagioni, la cui enumerazione sarebbe superflua. Tali sono le idee che si attingono, specialmente leggendo il tit. 1, lib. 4, ff. ed anche i titoli 3 e 4. Il legislatore dunque coll'art. 134 procurò di fissare le idee, e di rendere su questo punto più semplice la giurisprudenza. La durata dell'azione di semplice restituzione fu fissata a dieci anni. Però chiara vedevasi la distinzione che conveniva fare fra questo caso di restituzione e quello della nullità propriamente detta; e per diminuire i litigj onde serbar la tranquillità nelle famiglie, l'azione di nullità che era di un'altra specie, e che a differenza della prima potea esercitarsi nel giro di trent'anni, fu sottoposta, come quella della restituzione, alla stessa prescrizione di dieci anni. Quindi fa d'uopo venire al testo dell'art. 134. » Vogliamo noi togliere alcune difficoltà e divergenze di opinioni, che esistevano intorno al tempo nel quale possono annullarsi i contratti fatti dai minori; ordiniamo che dopo l'età di anni 35 compiuti non più si possa, rispetto al *privilegio o in favore della minorità*, dedurre e proseguire l'annullamento de'menzionati contratti, sia chiedendo, sia impedendo un'azione d'indennizzamento, di restituzione altrimenti *sia per via di nullità (per l'alienazione de' beni stabili fatta senza decreto o autorità del giudice)* o per lesione, inganno, dolo, se non nel modo che è lecito, in questi contratti, a' maggiori di adire il magistrato in linea di rifacimento o in qualsiasi altro modo dalla legge permesso ».

Distintissimi si scorgono in questo articolo i due casi, quello cioè di nullità e quello di semplice restituzione; e si ravvisa ben anche quanti errori risulterebbero laddove l'uno con l'altro si confondesse. L'art. 1304 è concepito nello stesso senso. Una sola differenza vi è fra questo articolo e quello dell'ordinanza, ed è che quest'ultimo non comprendeva nella prescrizione di dieci anni l'azione di nullità del contratto che sti-

pulato avesse la moglie soggetta alla potestà del marito, e che sarebbe nullo, riferendosi questo articolo alle azioni qualunque del minore; laddove questo caso di nullità, relativo alla donna maritata, è compreso nell'art. 1304: il che contiene al certo un miglioramento di cui siamo debitori alla nostra legislazione. Or, secondo quegli scrittori francesi che sono più versati nella giurisprudenza, la nullità di un atto stipulato dal minore contra il volere della legge, e che affettava i suoi immobili, era indipendente dal caso di restituzione, e regolavasi con altri principj. La nullità era radicale, perchè pronunziata in termini proibitivi non solo dalle romane leggi, ma altresì dalla maggior parte degli statuti, i quali nulla ed invalida dichiaravano l'alienazione degli stabili. Prima dell'ordinanza del 1539 sì fatta nullità poteva essere reclamata nel giro di anni 30; e non dovette dedursi nel giro di anni 10, se non dopo la citata ordinanza, poichè questa era la disposizione testuale dell'art. 134, il quale aveva derogato agli statuti. Ma, per reclamare questa nullità, non bisognava ottenere le lettere di rescissione, come ne' casi di semplice restituzione. Il che rilevasi in particolar modo ne' comenti di Auroux Des Pomiers sugli art. 171 e 173 dello Statuto del Borbonese, e del signor Chabrol sull'art. 2, tit. 14 di quello di Auvergne. L'art. 173 dello Statuto del Borbonese, ammirato in ogni tempo per la sua bella redazione, e che era stato pure riformato, dissimilava i minori alle donne maritate in quanto alla nullità della vendita, della donazione e di altri atti; e il secondo degli autori citati diceva, che se la donna aveva trent'anni per chiedere la nullità, mentre il minore ne aveva soltanto dieci, ciò derivava perchè la restrizione del termine di dieci anni, stabilita dall'ordinanza relativa a' minori, non lo era da alcuna legge riguardo alla donna maritata. Quindi il famoso Dumoulin aveva detto sull'art. 173 dello Statuto del Borbonese: *Non est locus restitutioni sed nullitati.* E se nel tratto successivo, per effetto dell'uso introdotto da' pratici di confondere il caso di restituzione con quello di nullità, si prendevano le lettere di rescissione per tutti due i casi, benchè fossero inutili per quello delle nullità, i tribunali illuminati pronunziavano la nullità, se vi era luogo, colla seguente formula: *senza bisogno di fermarsi alle lettere di rescissione.*

Si vorrebbe mai pretendere che il secondo creditore, il quale avesse acquistata un'ipoteca dal debitore che avea sottoscritta la prima obbligazione in tempo della sua minorità, non se ne potrebbe prevalere, nè impugnare l'effetto della prima ipoteca, se non quando il primo atto fosse rescindibile a motivo di restituzione? Si avrebbe forse la pretensione di

dire, che il secondo creditore sembra allora di voler eccezionare un dritto di rescissione per causa di lesione; e che l'esercizio di questo diritto medesimo dal canto del creditore, in nome del debitore al quale appartiene, viene escluso dall'art. 1166 del Codice civile, nel quale prescrives che i creditori possono esercitare tutti i diritti e tutte l'azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono *esclusivamente personali?* Si direbbe egli forse che l'esercizio di quest'azione di rescissione è un dritto del tutto personale, e che il creditore mettendosi nel luogo e diritti del debitore non può da sè stesso esercitare?

Prima di tutto non è da dubitarsi che l'azione di rescissione non è un dritto *inerente alla persona*, e che un creditore esercitando i diritti del suo debitore può molto bene farla valere. Mornac, sulla leg. 4, al Cod. *quando fiscus*, *etc.*, è lo scrittore che colla più grande precisione stabilisce il diritto dei creditori nei principj delle leggi romane. Secondo il disposto di queste leggi non veniva precisamente accordato ai creditori il diritto di poter esercitare le azioni del debitore, ma essi potevano soltanto domandare in virtù dell'azione rivocatoria la nullità degli atti che il debitore avea stipulati in di loro frode. A tal riguardo poi (soggiunge il suddetto scrittore) erasi allontanato dalla giurisprudenza romana, ed i creditori poteano far valere quei dritti che appartenevano ai loro debitori: *Recessimus in eo*, egli dice, *romana jurisprudentia*. Non saprebbesi concepire come mai il diritto, di cui si tratta, possa essere un diritto personale.

Denisart, il quale su tal proposito fa fedelmente conoscere i principj della giurisprudenza, dopo di aver fissato il principio generale *Creditor in jus universum debitoris succedit*, dice alla parola *Creditore* quanto segue: » In una parola i creditori possono esercitare le azioni ed i *privilegj personali* del loro debitore, quando l'esercizio della persona cui viene accordato il privilegio *non richiede una precisa accettazione.*

Lebrun, nel suo *Trattato delle successioni*, lib. 2, cap. 2, sez. 2, num. 42, ha reso chiaro questo principio spiegandolo con maggior distinzione. Egli stabilisce per massima, che un creditore regolarmente può esercitare tutti i diritti del suo debitore, e farsi surrogare, a questo effetto, quando il debitore rifiuta di esercitarli egli medesimo; giacchè questo rifiuto viene caratterizzato per una chiara frode, non presumendosi giammai che alcuno possa di buona voglia abbandonare i proprj diritti. Il sopraddetto autore non eccettua da un tal principio che certi diritti, i quali sono talmente uniti colla persona, che il creditore non potrebbe esercitarli. Tenendosi dietro

alle idee del suo tempo, egli cita in esempio il sequestro feodale per non essersi prestato l'omaggio e la fede, dacchè un tal diritto dipendeva dal disprezzo fatto al signore dominante, il che gli era del tutto personale. Poteasi annoverare in questa classe il diritto di ritiro, come ancora l'azione di revoca d'una donazione per causa d'ingratitudine. Lebrun finalmente, al num. 46, si estende di più dicendo, che un privilegio, anche personale, che contenga qualche emolumento, può essere esercitato dai creditori, menochè un tal privilegio non preseriva un'*accettazione precisa* della persona cui è concesso. Quindi, aggiungeva, è lecito ad un creditore di accettare una successione appartenente al suo debitore, obbligandosi a garantirlo delle conseguenze.

L'esimio Cochin, nella Orazione 65, tom. 3 pag. 232, con una precisione tutta nuova ha sviluppato questo principio: » Fa uopo distinguere, egli dice, le azioni che appartengono ad un debitore per conservare la sua proprietà, e quelle che gli appartengono per poter acquistare. » Le prime, secondo lui, si possono esercitare dai creditori. Deesi ora annoverare in questa classe un'azione rescissoria che tende a conservare e non ad acquistare.

Per dirla in breve, ciò che costituisce il principal carattere de' diritti che si possono o non si possono esercitare dal creditore in nome del suo debitore, si è la qualità di *cedevole* o *non cedevole*. È questo ciò che dà il carattere alla *personalità* o a ciò che non è *personale*. Non si può cedere un diritto, come quello di uso, o di abitazione, e quindi non potrà esercitarsi dal creditore. Ma si potrebbe poi dire lo stesso di un diritto di rescissione, che non si estingue colla persona di colui al quale è dovuto, e che egli trasmette a'suoi eredi? In tal guisa Charondas, nelle sue Risposte del diritto francese, lib. 9, risp. 25, riporta una decisione in data de' 5 marzo 1558, con cui venne giudicato che un creditore, anche chirografario, poteva esercitare una dimanda provvisionale di lettere di rescissione per lesione, che ammontava oltre la metà, esperimentando i diritti del suo debitore. Si vede bene che simil diritto tiene ad una causa di *restituzione*. Maynard nelle sue Questioni notabili del diritto scritto, lib. 3 cap. 70, riferisce un'altra decisione del mese di luglio 1593, uniforme alla prima. Io posso però asserire che non ne conosco alcun'altra che abbia posteriormente giudicato il contrario.

In conseguenza bisogna tener presente che, tanto la rescissione per semplice restituzione, quanto la circostanza istessa della conferma del primo atto, e l'obbligazione che conserva la sua efficacia come obbligazione, divengono indifferenti relativamente all'ipoteca, la quale essendo annullata

e come cancellata dalla legge, non può rivivere colla ratifica, non potendo questa nuocere al terzo che ha acquistata un'ipoteca nel tempo intermedio. Il diritto di domandare tal nullità appartiene a chiunque abbia interesse onde farlo valere. D'altronde, l'idea di rendersi opponente alla prima obbligazione, del pari che alla prima ipoteca, non esiste forse in colui che le ha acconsentite in seguito della nuova ipoteca ch'egli ha formalmente concessa al secondo creditore sugli stessi oggetti? E questi avendo ricevuto dal suo debitore un'ipoteca validamente costituita, o pure essendogli stata data dalla legge, anche senza il mezzo d'una convenzione, ha egli potuto esserne privato da una ratifica tardiva, che non puole considerarsi in tal caso se non come fraudolenta, e che spesso si acquisterebbe da un debitore, il quale pel dissesto della sua fortuna non avrebbe più niente da esporre nè da perdere? Un altro motivo degno di considerazione si ritrova, nel *Trattato delle ipoteche* di Basnage, il quale riporta, cap. 3, pag. 17 e seg., ediz. in 12, le decisioni dei parlamenti di Rouen e di Bretagna dei 6 febbrajo 1668, 15 ottobre 1672, e 4 febbrajo 1683, che hanno giudicato conforme ai principj da me esposti. » Era del pari di pubblico interesse, dicea l'avvocato Froland, di non dare l'approvazione a' contratti di questa qualità, sotto pretesto d'una ratifica procacciata dopo di essere giunto il minore alla maggiorità; coloro i quali erano bene informati della di lui età, essendo persuasi di non poter legalmente far contratti, sarebbero con molta facilità ingannati se si facessero retroagire i contratti formati nella minorità in seguito della ratifica che si farebbe dal minore divenuto maggiore. » È indubitato che il contrario è stato giudicato dal parlamento di Parigi con decisione del 23 luglio 1667, che forma una delle autorità da me esposte nel num. 42: ma io non mi fondo su delle decisioni tra loro contradittorie, sulle quali alcune circostanze sembrano aver influito, e che alla fine devono essere valutate colle disposizioni del Codice civile al quale sono sottoposte.

Di fatti, a prescindere dalle disposizioni da me riportate, tutto ciò che si è esposto, relativamente all'interesse del terzo, che ha acquistata un'ipoteca nel tempo intermedio, si convalida coll'art. 1338. Quivi vien detto che la conferma, la ratifica, od esecuzione volontaria d'una obbligazione, contra la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione (il che comprende tutto), produce la rinunzia a' mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contra tale atto; ed in seguito si leggono questi termini, che sono di molta importanza, *senza pregiudizio però del diritto de' terzi.*

Passiamo finalmente ad una decisione della Corte reale di Nancy, del

1.° maggio 1812, che dà le idee più chiare in questa questione tanto agitata, e sì diversamente giudicata. Questa decisione, per la precisione dei suoi motivi attinti nel Codice civile, è propria a fissare ogni incertezza, ed è, secondo me, così importante che credo dover mettere in nota non solamente la medesima, ma ancora la specie sulla quale è stata basata, dietro il rapporto fattone nella raccolta di Denevers, anno 1812, pag. 102, *al sup.* (1).

(1) In virtù dell'atto pubblico dei 7 luglio 1804 il signor B... minore emancipato, sottoscrisse in favore del signor D. . . . un'obbligazione della somma di 600 fr. ch'egli riconobbe aver ricevuta da questi, e promise di rimborsarla nel termine di tre anni. Per la sicurtà di un tal rimborso ipotecò specialmente un immobile situato nel circondario dell' uffizio delle ipoteche di Nancy, ove questo titolo venne in seguito iscritto.

B. . . . nel 5 marzo dell' anno 1805 pervenne alla sua maggiorità, e nel 12 dicembre di quest'istesso anno la vedova N. . . . gli prestò per contratto la somma di 2000 lire, in sicurezza della quale ipotecò specialmente il medesimo fondo.

B. . . . in febbrajo 1810 vendè questo fondo, ed in seguito di una tal vendita si aprì nel tribunale di Nancy un giudizio d'ordine tra i suoi creditori ipotecarj.

La vedova N. . . . e varj altri creditori sostennero essere nulla la iscrizione presa dal signor D. . . . come conseguenza di un' ipoteca accordata da un minore emancipato.

Nel tempo del giudizio d'ordine, B. . . . con scrittura privata del 3 dicembre 1811, ratificò la sua obbligazione.

Nel 5 febbrajo dell'anno seguente si emette sentenza dal tribunale di Nancy, colla quale si dichiara nulla l'iscrizione:

» Attesochè il signor D. . . falsamente applica l'art. 2012 del Codice civile, pretendendo che i creditori, su'quali vuole avere la preferenza, non hanno diritto di opporgli la validità del suo contratto, in conseguenza della sua iscrizione. In verità essi non avrebbero il diritto di fare che questo contratto, il quale deve esistere tra il creditore ed il debitore, sia dichiarato nullo o rescisso; ma essi hanno bensì la qualità di opporre l'iscrizione che il signor B. . . . minore concesse, perchè essa ferisce i diritti accordati loro dalla legge, di non essere preceduti da un'iscrizione nulla, essendo stata consentita da un minore che non ne aveva il potere a'termini dell'art. 2124, e perchè tutto ciò che si fa in manifesta contradizione al testo preciso della legge *deesi reputare come non esistente*. La ratifica tardiva che, con scrittura privata, fu accordata al sig. D. . . dal suo debitore posteriormente all' espropriazioni che vennero contro di lui eseguite, toglie al sig. B. . . . il diritto di far rescindere il contratto; ma essa però non puole far sì che un' iscrizione, nulla nella sua origine, sia dichiarata valida. L'interpetrazione che il sig. D. . . . diede all'art. 2116 non può rendersi adattabile nella specie, perchè opposta all'art. 2124, il quale senza distinzione alcuna racchiude una disposizione generale e proibitiva. Perciò, sebbene D. . . abbia un titolo obbligatorio, questi però non gli conferisce alcuna ipoteca, egli deve dunque essere posposto a tutti i creditori validamente iscritti ». Il sig. D. . . . appellò da questo giudizio.

Egli coll'appello persisteva a sostenere 1.° che gl'intimati non aveano alcuna qualità per impugnar la validità della sua iscrizione, poichè non è lecito ai creditori esercitare i diritti e le azioni che sono del tutto personali ai loro debitori, e che l'eccezione della minorità è dichiarata personale dalla legge, giusta le disposizioni degli art. 1166 e 2012 del Codice civile; 2.° che le obbligazioni che venivano contratte dai minori emancipati, non essendo nulle,

Si vede assai bene che il fin qui detto si applica egualmente al caso in cui il tutore avesse acconsentito una ipoteca sui beni del suo minore, la quale sarebbe nulla per mancanza di formalità, o altrimenti: il minore che, essendo divenuto maggiore, avesse dato un ipoteca sugli stessi beni, non sarebbe certamente più in caso di ratificare in seguito la prima ipoteca in danno di colui a favore del quale ne avesse stipulata una seconda (1).

ma solo soggette ad essere rescisse nei casi di lesione, la loro ratifica, espressa o tacita che sia, fa rimontare l'effetto all'istante in cui sono state contratte; che l'ipoteca formava una parte integrante ed inseparabile dell'obbligazione; che la proibizione d'ipotecare, relativamente a minore è l'istessa di quella di prendere ad imprestito, cioè a dire, che gli atti di simil natura non si possono rescindere che nel solo caso di lesione.

La risposta degli intimati trovasi formalmente censurata nei motivi della seguente

DECISIONE.

La Corte, sulle conformi conclusioni del sig. Jannot, consigliere uditore, in nome del procuratore generale;—Attesochè, 1.° l'ipoteca non avendo i suoi primarj effetti che relativamente ai creditori ipotecarj, hanno perciò questi l'interesse, e quindi il diritto di contestare le iscrizioni che si vogliono colpite di nullità, sia in quanto alla loro forma, sia in quanto alla sostanza; che l'eccezione della minorità non è personale al debitore, secondo l'art. 1166 del Codice civile, se non che relativamente all'obbligazione, e non all'ipoteca; — Attesochè, 2.° risulta dagli art. 2124 e 2126 del Codice civile, l'intrinseca nullità dell'ipoteca dal minore emancipato stipulata, senza aver osservato le formalità prescritte; che la ratifica, espressa o tacita che sia, fatta dal debitore in età maggiore, rende per la verità valida l'obbligazione ch'egli ha sottoscritta in tempo della sua minorità, essendo essa soltanto soggetta a rescisione, senza essere affatto nulla, ma non può però far sì che l'ipoteca, la quale fu sempre di niun effetto fin dall'istante della sua costituzione, si renda valida; poichè, indipendentemente dai termini proibitivi della legge, la pubblicità del regime ipotecario, e la certa conoscenza che i creditori debbono avere dei pesi che gravano sui beni del loro debitore, non permettono che sia in facoltà di questo di nuocere ai diritti acquistati irrevocabilmente ed in buona fede, facoltà della quale la menoma speranza ne determinerebbe con facilità l'esercizio per parte d'uno che è totalmente rovinato; ed adottando, daltronde, i motivi de'primi giudici;— Annulla l'appello, condanna alla multa e alle spese.

(1) Io aveva già terminato il mio Trattato, e la stampa di questo paragrafo era già cominciata, quando per la prima volta conobbi la terza edizione delle Questioni di diritto del sig. Merlin. Ci ho rimarcato nel tom. 3.° pagina 408 e seguenti, che egli trattava la questione molto estesamente, e sotto differenti rapporti. Ci ho veduto traspirare alcune opinioni che parrebbero opposte ai principj da me esposti. Dopo di avervi ben riflettuto io persisto in quelli che ho sviluppati in questo n.° 44, e stimo che in essi si troverà la risposta a tutto ciò che potrebbe contenere di contrario il nuovo lavoro del sig. Merlin. Credo intanto essere a proposito di fare alcune osservazioni.

Nella pag. 413, colon. 2, vien detto dal signor Merlin: » Non evvi dunque che il solo minore, il quale, secondo i principj del diritto romano, possa riandare sopra un'ipoteca ch'egli ha stipulata senza esserne preventivamente autorizzato dal giudice. I terzi, co' quali

Delle nullità assolute per difetto di forme.

45. Bisognerebbe regolarsi con tutti questi principj, ed ancora, a più forte ragione, nel caso di una nullità che non sarebbe, propriamente parlando, una nullità relativa all'incapacità di contrattare, ma bensì assoluta.

egli ha contrattato dopo questo tempo, non possono dunque opporne la nullità: essa conserva pertanto tutto il suo effetto contro di essi dall'istante in cui, divenuto maggiore, egli la ratifica. E come mai non lo conserverebbe nella presente ipotesi, se lo conserverebbe ancora quantunque egli si tacesse? »

Io credo di aver dimostrato che, seguendo anche i principj del diritto romano, l'ipoteca costituita dal minore, senza le dovute formalità, era di niun effetto. Il sig. Merlin in altro luogo conferma del pari questo principio. Credo parimente di aver provato che una tal nullità poteva, egualmente che l'azione della rescisione, esercitarsi dal creditore che contratta in seguito col minore divenuto maggiore; e che la ratifica, da questi fatta successivamente, non può recar nocumento al creditore del tempo intermedio.

Relativamente a ciò che il sig. Merlin asserisce, di dover la ratifica conservare l'effetto della prima obbligazione in favor del primo creditore, conservando l'obbligazione il suo effetto se il minore si tacesse, questo esige un maturo esame.

Osserviamo assai bene che, nel passo testè trascritto, il sig. Merlin non si limita alla conservazione l'effetto della prima obbligazione, come obbligazione soltanto; ma egli parla ancora categoricamente dell'*ipoteca* che sarebbe nulla, e che secondo lui sarebbe nondimeno conservata in pregiudizio dei *terzi* co'quali il debitore, divenuto maggiore, avrebbe contrattato susseguentemente alla prima obbligazione fatta nella sua minorità. Io quindi non ho tralasciato di far conoscere la distinzione da farsi tra l'obbligazione, come obbligazione che poteva essere conservata, e l'ipoteca che, essendo nulla, anche quando vi esistesse puramente l'obbligazione, non potrebbe mai rivivere, mediante la ratifica, in pregiudizio de'terzi.

Vedendosi che, per parte del debitore, è sufficiente soltanto il silenzio per conservarsi l'effetto della prima obbligazione, il sig. Merlin ne deduce un grande argomento. Intende, senza dubbio, di parlare del silenzio usato da colui che si sarebbe obbligato come minore, in tutto il termine durante il quale avrebbe dovuto attaccare l'obbligazione. Ma ciò sarebbe un risolvere la difficoltà colla stessa difficoltà. È difatti un'importante questione il sapere se tal silenzio abbia l'effetto che gli dà il sig. Merlin. Questa questione sarà da me trattata al n.° 47.

In seguito dicesi dall'istesso sig. Merlin nelle pagine citate 413 e 414: « Indarno varrebbe qui la massima di non poter mai la ratifica nuocere ai terzi. Dessa non si rende applicabile che alla ratifica di un atto tenuto dalla legge come non esistente, sia perchè l'attacca di nullità assoluta per motivi di ordine pubblico, sia perchè è privo di quelle forme che costituiscono essenzialmente la sua esistenza legale, sia in fine perchè è estraneo a colui che lo ratifica, e che se lo rende proprio per mezzo di quest'istessa ratifica ».

Questi principj non si mettono in dubbio, che anzi io li sviluppo nel corso di questo Trattato, e in special modo in questo §. 3. Ma resta sempre l'importante questione di sapere quale sia la specie della nullità per la quale l'ipoteca concessa dal minore può essere impugnata. Quest'ipoteca non si rende forse nulla, *ipso jure*, per l'effetto del divieto che ne fa la legge?

Io intendo parlare del caso in cui un'ipoteca fosse stata consentita da persona capacissima di contrattare, ma che sarebbe stabilita mediante un atto nullo nella sua forma. Se per esempio l'atto che costituisce l'ipoteca fosse stato passato da un sol notaro, o da un notaro senza il numero dei testimonj richiesti dalla legge del 25 vent. anno 11, oppure con dei testimonj che dietro l'istessa legge non potevano esserlo, l'atto sarebbe colpito da una

Ha ella avuto mai una esistenza legale? Se ella fu nulla *ipso jure*; se non ebbe una legale esistenza, non potea mai rinascere in danno de'terzi. Ecco dove bisogna sempre ritornare.

Ma sentiamo ciò che il sig. Merlin dice alla pag. 414 ove tratta l'istessa qnestione relativamente al Codice civile, i cui principj crede di essere differenti da quelli del diritto romano.

» Il Codice civile, egli dice, ha stabilito su tal oggetto una nuova legislazione. Non è più per via di *nullità*, ma per quella di *rescissione* che il minore, pervenuto all'età maggiore, può reclamare contro le *alienazioni* da esso fatte, contro le *ipoteche*, senza osservare le debite formalità.

Ritenute tali asserzioni, che sono ben lungi di approvare, e che secondo me non sono certamente fatte per quel che dice il sig. Merlin, non occorre più maravigliarsi delle altre sue opinioni su d'una tal questione. Egli ha mostrato solo di essere stato conseguente a sè stesso. In quanto a me mi lusingo aver fatto conoscere nel vero senso l'art. 1304 del Codice civile, e di aver fatto presenti i casi di rescissione per restituzione, e qoelli di nullità. Essi, quantunque cumulativamente compresi, sono sempre tra loro distinti rapporto al tempo stabilito per la prescrizione nell'articolo 1304. È necessario fare delle sue disposizioni un'applicazione distributiva. Io penso quindi che non dobbiamo arrenderci alle conseguenze addotte dal sig. Merlin nel progresso di questo passo delle sue prime asserzioni, e soprattutto a quelle che seguono:

» Sono dunque annoverate tra le convenzioni di cui parla l'art. 1305 part. 2, la vendita e l'alienazione che il minore emancipato fa dei suoi beni immobili senza l'osservanza delle formalità ivi prescritte ».

» Il minore dunqoe non può rivenire sul proprio fatto, se non per mezzo della *rescissione*, quando egli ha vendnto, o alienato, e *conseguentemente ipotecato i suoi immobili* senza tali formalità ».

» *Non sono* donqoe *nulle ipso jure* la vendita, l'alienazione, e l'ipoteca da esso consentite, se egli non adempie a queste formalità.

Questo carattere dato alla nullità di cui si tratta, è opposto tanto a'principj del Codice civile, quanto a quelli dell'antica giurisprudenza francese.

Il sig. Merlin, ciò non ostante, dice di aver opinato in vario modo, che si è accorto essere nell'errore, e quindi dichiara ritrattarsi dandone le ragioni. Lo scrupolo è senza dubbio degno di lode: ma questo scrupolo era senza fondamento; e stimo, perciò, che la prima opinione del sig. Merlin fosse più giuridica della seconda.

Lo stesso discende alla pag. 420 all'azione di nullità relativamente alla donna maritata, che viene da lui paragonata all'azione di rescissione del minore. Trascriveremo letteralmente le sue parole onde potervi meglio rispondere.

» L'azione di nullità d'un'ipoteca costituita da una donna maritata, senz'esserne stata au-

nullità radicale, mediante la quale egli dovrebbe esser considerato come non esistente, secondo la massima *quod nullum est: nullum producit effectum.* Un atto radicalmente nullo non può essere nè il germe di un obbligazione qualunque, nè la base di alcuna prescrizione minore di 30 anni. Per questa ragione dicesi nell' articolo 2267 del Codice civile: » Il titolo nullo per difetto di forma non può servire di base alla prescrizione di 10 e 20 anni. » Non vi è altra risorsa allora se non quella della prescrizione

torizzata, è essenzialmente della medesima natura di quella che era nel diritto romano l'azione di nullità d'un'ipoteca stipulata da un minore, senza aver precedentemente ottenuto decreto del giudice. Poichè per l'istesso motivo per cui l'ipoteca consentita da un minore, senz'ordine del giudice, veniva ad essere secondo il diritto romano nulla *ipso jure*, ma non lo era che di una nullità relativa, egualmente è anche nulla di pieno diritto, ma di una nullità soltanto relativa, l'ipoteca consentita da una donna maritata senza la preventiva autorizzazione del marito. Per la qual cosa, siccome nel diritto romano la ratifica che un minore faceva nella sua età maggiore d'un'ipoteca da lui costituita, prendeva un effetto retroattivo al giorno della primitiva costituzione, così viene ad essere lo stesso anche per la donna maritata intorno all'ipoteca da lei costituita senza l'autorizzazione di suo marito, e che ratifica in seguito sia coll'autorizzazione, sia da sè medesima quando passa nello stato vedovile. A'creditori, perciò, che convennero con questa donna, in quell'intervallo di tempo che avvi tra la primitiva costituzione e la ratifica dell'ipoteca, non resta altra risorsa che di provare di essere stata la ratifica fraudolenta, *consilio et eventu.* Una opposta dottrina erasi abbracciata dal sig. Toullier nel suo tomo 2, num. 68, ed altrettanto erasi da me fatto nel Repertorio di giurisprudenza sui vocaboli *Autorizzazione maritale*, sez. 9; ma egli si è ritrattato nel suo tomo 7, al n.° 571, e lo stesso faccio ancora io ».

Insegnano gli autori francesi, ed i commentatori degli statuti, che l'obbligazione della donna, fatta contro alla disposizione proibitiva della legge, è nulla, e che un tal caso è ben differente da quello della rescissione. Quegli istessi i quali credevano dover dare la ratifica un effetto retroattivo all'obbligazione del minore, non facendo essi alcuna distinzione tra il caso della restituzione o rescissione da quello della nullità, essendosi lasciati convincere da certe decisioni quantunque contrarie, non omettono di dire essere lo stesso del contratto della donna maritata stipulato in contravvenzione della legge, giacchè in tal caso *l'atto ratificato veniva ad essere nullo in sè medesimo.* Riscontrisi d'Héricourt, *della vendita degli immobili* cap. 11, sez. 2. n.° 8. Mi riporto, ancor a ciò che sarò per dire al n.° 55. E quel che sostenevasi, altra volta, per la donna maritata, devesi ancora sostenere oggigiorno, soprattutto intorno l'ipoteca data dal minore, come lo dicevano certi autori antichi egualmente per la vendita che il medesimo avrebbe fatta, la quale deve essere assimilata all'ipoteca.

Ma cosa interessa mai che la nullità riguardante il minore, e la donna maritata sia una nullità *relativa*, qualità sulla quale pare fondarsi il sig. Merlin? È dessa *relativa* perchè è l'effetto d'un incapacità; ma non per ciò cessa di essere una nullità legale, che vizia l'atto, *ipso jure* senza andare nei motivi di fatto, ciocchè è necessario soltanto quando si tratta di *restituzione* o *rescissione.* Ella è *relativa* in opposizione ad una nullità *assoluta*, che sarebbe la conseguenza del difetto delle formalità che costituiscono l'essenza delle forme, ma non per ciò essa toglie meno all'ipoteca la sua *legale esistenza.* Essa è del pari *relativa* poichè l'incapace che ha stipulato, può, quando diviene capace e libero, riparare

di 30 anni utili, la quale fa supporre un titolo, e un titolo regolare, e che ne ha la virtù: *habet vim tituli constituti*. Ciò nonostante, un simile atto potrebbe avere il suo effetto in alcuni casi, come obbligazione, ciò che succederebbe, per esempio, se fosse rivestito della firma delle parti; ma egli non sarebbe autentico, e, per conseguenza, non imprimerebbe ipoteca. Se dunque, in quest'ipotesi, quegli che, dopo questo atto nullo, avesse costituita una nuova ipoteca sopra gli stessi immobili in favore d'un altra persona, ratificasse in seguito la prima ipoteca, questa ratifica non potrebbe nuocere in alcuna maniera al suo secondo creditore ipotecario. Vi sono ancora dei casi in cui l'atto è talmente nullo, che la nullità lo distrugge totalmente, e che non potrebbe prendere il suo effetto mediante la ratifica. L'obbligazione relativa a simili atti è di un'importanza tale che la legge non accorda più fiducia ad una ratifica qualunque che ne fosse semplicemente fatta. Ci vuole una volontà precisa, espressa liberamente in un atto nuovo assolutamente indipendente dal primo. Supponiamo, per esempio, che fosse stato fatto una donazione la quale, a ragione del suo oggetto, avesse dato luogo, per assicurarne l'effetto, a un'ipoteca per parte del donatore, e che questa donazione fosse nulla per difetto di forme, qualunque ratifica che ne fosse stata fatta in seguito sarebbe evidentemente impotente tanto a riguardo delle parti contraenti, quanto respettivamente all'interesse d'un terzo. Tale è il resultato dell'articolo 1339, del Codice civile; però, ai termini dell'articolo 1340, la donazione che sarebbe nulla potrebbe essere ratificata dagli eredi o aventi causa del donatore dopo la sua morte. Ma dietro i principj qui sopra sviluppati, questa ratifica non saprebbe nuocere ai terzi verso i quali il donatore si sarebbe obbligato anteriormente.

al vizio dell'atto, e toglierne colla ratifica la nullità. Ma la ratifica non ha effetto che tra il primo creditore ed il debitore: essa non può nuocere ai creditori ipotecarj del tempo intermedio. Questi possono attenersi alle ipoteche che hanno acquistate, senz'essere obbligati di provare *che la ratifica sia stata fraudolenta*, CONSILIO ET EVENTU. Oltre che ciò sarebbe spesso ben difficile a provare, essi non pertanto ne sono esenti, come un primo acquirente lo è di provare che la vendita di epoca posteriore alla sua siasi fraudolentemente eseguita. La di loro ipoteca avrà pienamente la sua esistenza per la sola ragione che la prima ipoteca non esisteva affatto, oppure, il che vale lo stesso, perchè essa non aveva una legale esistenza.

Ma allorchè io dico che l'ipoteca del tempo intermedio, sussiste pienamente voglio dire che la medesima è stata validamente stipulata, cioè pel debitore giunto in età maggiore, o per la moglie autorizzata da suo marito, e colle dovute formalità, o essendo vedova. Perchè se così non fosse, non vi sarebbe più questione. Tutte le volte che non si tratta dell'interesse dei terzi, non è da dubitarsi che la ratifica si unisca all'atto ratificato: parimente l'iscrizione devesi prendere in forza della prima obbligazione, e dell'atto di ratifica, come lo dirò in seguito.

L'iscrizione deve esser presa in forza degli atti confermativi unitamente agli atti primitivi.

46. Un'osservazione importante si è che, quando la ratifica è necessaria, la iscrizione deve essere presa in virtù dell'atto di ratifica, e nell'istesso tempo in virtù dell'atto primitivo ratificato. Essendo insufficiente questo atto primitivo, non può sussistere senza il concorso della ratifica. È l'unione di questi due atti che dà vita all'obbligazione ed all'ipoteca. La iscrizione presa in virtù del solo primo atto sarebbe nulla, come l'ipoteca costituita collo stesso atto, nulla potendo l'iscrizione aggiugnere all'ipoteca, rispetto alla validità, non dandogli un'efficacità se non quando è validamente costituita; in modo che, se dietro una iscrizione presa in conseguenza di un'ipoteca nulla per la incapacità del debitore che l'ha stipulata, questo medesimo debitore, essendo divenuto capace di contrarre, dasse una nuova ipoteca ad altra persona, questa nuova ipoteca, essendo iscritta, potrebbe avere tutto il suo effetto. I terzi non possono essere regolarmente legati se non dalla conoscenza della ratifica congiunta a quella dell'obbligazione. Dietro la pubblicità dell'ipoteca, che costituisce la base della nostra legislazione, i particolari che intendono prestare, o pure acquistare, debbono avere delle conoscenze chiare e giuste delle ipoteche che hanno potuto esser precedentemente create da coloro che vogliono prendere ad imprestito, o vendere; e non possono decidersi sulla esistenza o non esistenza, ovvero, il che vale lo stesso, sulla validità o invalidità dell'ipoteca, senza la conoscenza che ha dovuta essergli data per mezzo della iscrizione: nè potrebbero dunque essere ritenuti dalla conoscenza che lor darebbe la sola iscrizione di un'ipoteca nulla. Allora, dunque, il creditore non deve più temere delle ulteriori variazioni del suo debitore, quando questi, essendo divenuto capace, prima di ogni altra nuova obbligazione, ratifica, e che l'iscrizione vien presa in virtù dell'atto primitivo e della ratifica, sempre prima che sia presa un'iscrizione per una nuova obbligazione del debitore. Ma con ciò le ipoteche legali, che fossero nate contro al debitore fra l'atto primitivo e la ratifica, dovrebbero rimanere intatte.

Ciò non è ancor tutto. Fa duopo riflettere sulla forma delle ratifiche, a fin di conoscere se sieno efficaci, secondo le diverse posizioni nelle quali uno si trova. Si potrebbe quivi sviluppare la dottrina insegnata da Dumoulin su gli atti di ricognizione e di conferma al titolo *dei feudi* §. 8, glos. *in v.°* Enumerazione, n.° 8, 9 e seguenti. Secondo la natura del difetto o vizio dell'atto, egli distingue il caso in cui bastava la semplice conferma, che egli

chiamava *in forma communi*, da quello in cui era necessaria la ratifica che chiamava *ex certa scientia.* Essa era fatta in forma dispositiva, e ciò non formava tanto una conferma, quanto una nuova disposizione fatta col disegno di coprire una nullità da colui che ne ha la conoscenza, e che ha il potere di riparare il vizio dell'atto.

Ma io posso limitarmi alle semplici e precise disposizioni dell'art. 1338 del Codice civile, ove viene interamente trasfuso tutto ciò che avea già detto Dumoulin su questo oggetto: » L'atto di conferma o ratifica di un'obbligazione, contra la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido se non allorchè vi si trovi menzionata la sostanza di questa obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la intenzione di riparare il vizio su cui tale azione è fondata. » Tutto ciò è estraneo alle obbligazioni che voglionsi ratificare unicamente per interromperne la prescrizione, come sarebbero i titoli costitutivi dei canoni. Per questi basta esservi la più semplice conferma *in forma communi:* ma per questo genere di crediti ipotecarj, non bisogna meno iscriversi, come per le altre obbligazioni di cui ho fatto menzione, tanto in virtù dei titoli primitivi quanto in virtù delle ratifiche. Fa duopo conoscere che gli antichi titoli costitutivi d'ipoteca sono in vigore, o che si tratti d'ipoteca generale, o che si tratti d'ipoteca speciale.

Effetto del silenzio del minore o della donna maritata, fino allo spirare de' dieci anni durante i quali l'atto poteva essere impugnato.

47. Ma le questioni poc'anzi da me trattate, almeno per quel che concerne il minore e la donna maritata, conducono ad un'altra questione che merita di essere esaminata. Il diritto di attaccare di nullità o di rescissione un atto, si prescrive con dieci anni. Secondo l'art. 1304 del Codice civile, questo termine corre, riguardo al minore, dal dì della sua maggiorità, e per la donna maritata dal dì dello scioglimento del suo matrimonio. Questo articolo, per la parte che riguarda il minore, è stato sostituito, come già ho detto nel n.° 44, all'art. 134 della ordinanza del 1539. Se il minore o la donna maritata hanno lasciato trascorrere questi dieci anni, senza produrre alcun reclamo, siffatta prescrizione mette ella forse colui, contro del quale fu stipulata la prima ipoteca, al coperto di qualunque litigio? Consolida ella forse questa ipoteca, anche malgrado la seconda ipoteca stipulata nell'età maggiore, o dopo lo scioglimento del matrimonio, su i medesimi oggetti, e seguitati da una iscrizione come la prima?

Potrebbe dirsi per l'affermativa che, seguendo l'opinione degli antichi autori, questa prescrizione purifica il titolo; che ne fa sparire tutti i vizj, e che lo fa considerare come fatto nella piena capacità per parte di coloro che l'hanno sottoscritto; che questa opinione prende la sua origine nella disposizione della ultima legge, al Codice *si major factus alien. sine decreto ratam habuerit*, che di fatti è ben precisa; che tanto è stato giudicato come massima dalla gran camera del Parlamento di Rouen, con sentenza del 20 agosto 1689, riportata da Basnage, cap. 3, pag. 22; che tal'è ancora l'opinione di Soutlage, *Trattato delle ipot.* pag. 125 e 126; che inoltre questa giurisprudenza è tenuta come certa da Chabrol, *sullo Statuto d'Auverg.* tom. 2, p. 160. Si potrebbe pur dire che la circostanza della seconda obbligazione, seguita anco dalla iscrizione ipotecaria, non priverebbe il primo creditore con ipoteca del beneficio del silenzio che il debitore usa a suo riguardo, poichè tutto ciò gli è estraneo; che la prescrizione non è interrotta dalla iscrizione presa contra il debitore, secondo l'art. 2180 del Codice civile, e che con maggior ragione deesi lo stesso dire per colui in di cui favore la prima ipoteca fu stipulata; che in fine la prescrizione non è interrotta se non dalle esecuzioni esercitate direttamente contra colui che sarebbe nel diritto di profittarne.

Malgrado che queste ragioni possano sembrare potenti, ciò nondimeno non credo che tale opinione sia ammissibile nell'attuale nostra legislazione. Ripugna ai veri principj che si possa dare più effetto ad una tacita ratifica la quale deriva semplicemente dall'omissione di aver reclamato, di quel che se ne attribuirebbe ad una ratifica espressa, che non potrebbe giammai nuocere al terzo. Nell'art. 1338 del Codice civile è prescritto che, onde l'atto il quale contiene qualche vizio nel principio non possa essere contrastato, bisogna che vi sia la conferma o ratifica di esso; e che in mancanza di atti, ratifica o conferma, è sufficiente che l'obbligazione sia volontariamente eseguita dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva esser validamente conformata: ma vi si soggiunge, *senza pregiudizio però del diritto dei terzi.* Ora io non veggo come il silenzio, fino allo spirar dell'epoca in cui l'atto non può più essere impugnato, possa essere riguardato sotto un punto di vista diverso da quello della esecuzione volontaria: non può dunque avere maggiore effetto. D'altronde, giusta i principj della presente legislazione, l'ipoteca non è più un accessorio necessario della obbligazione: la sua esistenza è sottoposta a regole particolari. Il pignoramento è più particolarmente la cessione di un diritto reale; esso si avvicina più all'alienazione del fondo, e non si può giammai cedere ad alcuno, sia di-

rettamente, sia indirettamente, ciò che si è di già ceduto ad altri; il che nonostante avverrebbe se, dopo aver ceduto in uno stato di libertà e di capacità, un diritto reale, com'è l'ipoteca, si cedesse di nuovo ratificando o eseguendo tacitamente un primo atto costitutivo dello stesso diritto, ma che sarebbe nullo. È della natura del nostro sistema ipotecario che non vi sia alcuna incertezza sulla sorte delle ipoteche. Tutte le parti interessate riguardar possono come non avvenute tutte quelle ipoteche che, essendo affette da qualche nullità, vengono riprovate dalla legge; ed un'ipoteca essendo una volta stabilita da quello che aveva la facoltà e la capacità di consentirla, deve sussistere in tutta la sua forza, indipendentemente da qualunque consenso espresso o tacito che sia, il quale tendesse a far rivivere una prima ipoteca nulla dal principio, e che deve essere riguardata come se non fosse mai esistita, almeno in riguardo del secondo debitore. Ho osservato che il signor Battur, nel suo *Trattato delle ipoteche*, tom. 1, pag. 128, e seg., aveva abbracciata questa opinione. Ho trovato i suoi ragionamenti sì ben fondati, che io ho creduto con maggior ragione di dover persistere nell'istessa opinione da me già formata, e che avevo anche scritta.

Caso in cui può opporsi la nullità fra il termine di anni trenta.

48. Ma bisogna osservare, a volere bene intendere la prescrizione di dieci anni di cui si parla nell'art. 1304 del Codice civile, che questo articolo non è relativo se non alle obbligazioni contratte personalmente dal minore e dalla donna maritata, senza le necessarie autorizzazioni o formalità; poichè, se l'obbligazione riguardo al minore fosse stata contratta soltanto dal suo tutore, o se quella relativa alla donna maritata fosse stata contratta esclusivamente dal solo marito senza che ella vi avesse prestato alcun consenso, allora non sarebbe più il caso della prescrizione di dieci anni, ma bensì quello della prescrizione ordinaria di trent'anni, i quali, riguardo al minore, comincerebbero a decorrere dalla sua maggiorità, e riguardo alla donna maritata dallo scioglimento del suo matrimonio. Il signor Chabrol, *sullo Statuto d'Auvergne*, tom. 2, pag. 152, diceva con molta ragione sull'oggetto di cui si tratta: » Certamente una vendita nulla, come fatta *a non habente potestatem*, non acquista dopo i dieci anni maggiore autorità di quella che aveva il primo giorno: non vi è che la prescrizione di trent'anni utili, che possa metter l'acquirente (ciò che può dirsi del creditore) al coperto da una domanda così legittima ». Tra il caso

presente e quello in cui un particolare avesse venduto, o pure obbligato il fondo di un altro, non vi è alcuna differenza: questi non potrebbe perdere i suoi diritti che in vigore di una prescrizione di trent' anni.

Delle obbligazioni contratte da un impubere.

49. Dirò qualche cosa sugli obblighi sottoscritti personalmente dagl'impuberi, senza veruna autorizzazione, quantunque gli esempj ne sieno infinitamente rari. Ho sempre veduto i gran giureconsulti nell'opinione che gli atti fatti dagl'impuberi sono assolutamente nulli, e che debbono essere considerati come inesistenti. Non vi si può vedere il germe di un contratto che possa essere corroborato dal silenzio di dieci anni a contare dalla maggiorità. Quando le leggi si spiegano intorno agli atti fatti dai minori, esse hanno sempre inteso parlare dei puberi; poichè, approssimandosi all' età in cui la ragione si presume, dee supporsi in essi qualche discernimento. Intanto, potendo essere sedotti dalle passioni, o ingannati per mancanza di esperienza, la legge va in loro soccorso accordandogli il benefizio della restituzione. Or tutto questo suppone un consenso, una obbligazione la di cui sorte è subordinata alla volontà del minore, che deve manifestarla in un termine prefisso. Ma non si può scorgere un' obbligazione civile, nè il germe d'una simile obbligazione, in ciò che si fa da un impubere. Non si potrebbe ravvisare il principio di una obbligazione, anche naturale, in quello che contraesse in età puerile, e che, per esempio, potrebbe appena parlare. Quindi niuna legge ha fissato nel lungo intervallo, che passa fino alla pubertà, un'epoca in cui l'impubere possa avere la facoltà di agire innanzi ai tribunali, o avanti ai pubblici uffiziali. I Romani non rigettavano tutto ciò che un impubere avesse potuto fare, anche senza l'autorizzazione del tutore, ma non ne risultava altro se non che potevano migliorare la loro condizione. Per questo può consultarsi la legge 1 ff. *De oblig. et act.* §. 13; la leg. 1 *De verb. oblig.*; la leg. 6 *Rem pupilli, etc.*; la leg. 5 *De div. reg. juris*; e le Instituzioni di Giustiniano, *tit. de inut. stipul.* §§. 9 e 10. Goffredo sulla leg. 1, *De verb. oblig.*, Vinnio, e Borcholten sopra questi due paragrafi delle Istituzioni han procurato d'indicare, dietro alcune leggi romane, l'epoca in cui l'impubere avrebbe potuto agire fra l'età di sette anni e quella della pubertà; ma su tutto quello ch'essi han detto, del pari che in tutto quello che sta scritto nelle leggi su tale oggetto, non altro, propriamente parlando, si può scorgere che una mancanza di legislazione: tutto al più non vi si potrebbe scorgere che qualche uso interamente straniero

ai nostri costumi ed alle nostre leggi. Perlocchè sono di avviso doversi tenere, come per indubitato, che colui il quale si trovasse aver contrattato con un impubere, non avrebbe alcun diritto di giovarsi del silenzio di quest'ultimo, durante il corso di dieci anni dalla sua maggiorità, e che non potrebbe essere al coperto da qualunque istanza se non per la prescrizione di trent' anni utili trascorsi.

Del caso in cui un particolare garantirebbe un altro.

50. Può taluno, secondo le circostanze nelle quali si trova, domanda r un' obbligazione con ipoteca e col mezzo di un terzo che si obbligherebbe pel debitore, o che si obbligherebbe di procurar la ratifica di quest'ultimo, giusta l'art. 1120 del Codice civile. I Romani praticavano quest'uso, giusta l'esempio che trovasi specialmente nella legge 16, ff. *ratam rem haberi*, §. 1, *Si procurator cavisset* (*uti adsolet*) *ratam rem dominum habiturum*. Ma si comprende quanto sarebbe debole l'ipoteca stipulata in siffatto modo. Egli è manifesto che questa ipoteca, del pari che l'obbligazione, non avrebbe alcuna esistenza reale fino alla ratifica di colui pel quale fosse stata stipulata; e se, prima di questa ratifica, questi si obbligasse ed ipotecasse gli stessi fondi verso altri creditori, non vi sarebbe altra ipoteca utile se non quest'ultima, salvo il ricorso contra colui il quale avrebbe acconsentita la prima facendosi garante pel debitore. In questo caso particolare non può nè anche esservi questione di retroattività al primo atto, poichè allora, come lo dice d'Héricourt, cap. 11, sez. 2, n.° 8, la ratifica non può aversi come una *prima obbligazione*, non essendo le parti obbligate in alcun modo prima dell'atto cui si dà la qualità di ratifica. Sull'oggetto medesimo si può riscontrare Pothier, *Introd. al. tit.* 20 *dello Statuto d' Orléans*, cap. 2, sez. 20, num. 24. Cosicchè per la solidità dell' ipoteca conviene che sia accordata dallo stesso debitore, o da qualcuno che ne abbia il potere in virtù di un mandato speciale.

Ma per le ragioni che sono state esposte nel numero 46, l'iscrizione che sarebbesi presa contra il debitore pel quale un altro si sarebbe obbligato, essendo senza effetto, al pari dell' ipoteca, dovrebbe il creditore prendere una nuova iscrizione, soprattutto in virtù del secondo titolo, salvo a lui il diritto di richiamare il primo.

Per ipotecare un fondo bisogna esserne proprietario.
Dell' ipoteca imposta da un erede apparente.

51. Dopo di essermi spiegato sulla nullità d'un'ipoteca derivante da colui che l'ha stipulata, come a ciò incapace, è questo il luogo di esporre i principj relativi alla invalidità di un'ipoteca dipendente dall'essersi stabilita su di un immobile da colui che non ne fosse il proprietario.

Non si è mai potuta costituire un'ipoteca su di un fondo altrui, senza l'espresso consenso del proprietario. Questa impossibilità deriva dal principio elementare, che non si può trasferire in un altro un diritto maggiore di quel che si ha.

Più d'una volta si è detto, sotto l'antica legislazione, che poteasi vendere la cosa altrui. Questa asserzione non era esattamente vera: la vendita non avea il suo effetto se non in questo senso, che il venditore era obbligato di assicurare all'acquirente la proprietà, o di pagargli i danni-interessi risultanti dall'inesecuzione della vendita. Ma poichè non poteva trasmettere la proprietà, non poteva nè anche imprimervi un'ipoteca. L'ipoteca non è la proprietà propriamente detta; ma era, come lo è anche oggidì, giusta l'art. 2114 del Codice civile, un *diritto reale* costituito sopra l'immobile affetto alla quietanza di un'obbligazione. Gli antichi giureconsulti avevano esposta questa idea con molta energia. Il commento sulla legge *Rem alienam* 41, ff. *de pignoratitia actione*, si esprimeva così: *In pignore oportet ut jus constituatur in re;* e Baldo, sulla legge *Si fine*, al Codice] *ad S. C. Vell.*, ha detto: *Jus reale non potest constitui in re aliena, sed tantum jus personale, quia res aliena non obligatur.* Questo principio finalmente deriva dalla definizione da me data dell'ipoteca, al n.° 4; e si conoscerà, in questa come in ogni altra occasione, il vantaggio di una definizione esatta.

Intanto nell'antica legislazione, quando colui che aveva ipotecato un fondo che non gli apparteneva, se mai ne diveniva in seguito il proprietario, allora l'ipoteca che aveva stipulata conservava tutta la sua efficacia; ciò che risultava da molte leggi romane, e particolarmente dalla legge *Rem alienam* da me citata, e dalla legge 16 ff. *de pign. et hypot.*, ℥. 7. L'ipoteca inoltre non colpiva sempre il fondo che non apparteneva a colui che la stipulava, quantunque in seguito ne divenisse proprietario. La glossa sulla legge 1, ff. *de pign. et hypot.*, spiega i casi in cui questa estensione o comunicazione d'ipoteca aveva luogo, e che Baldo e quindi Mornac, sulla

legge 16 di sopra citata, si esprimono con queste parole: *Tunc fit reconciliatio pignoris*. Un savio e minuto sviluppo di questi casi trovasi del pari nell' opera di Neguzanzio, *memb.* 3 *part.* 8 num. 4 e seg. pag. 834, ediz. del 1683. Ma sarebbe oggigiorno sempre più curioso che utile il far conoscere queste distinzioni: basta dire che due motivi avevano fatto ammettere questa estensione, o comunicazione d'ipoteca: da una parte si supponeva una tacita convenzione, per effetto della quale, colui che stipulava l'ipoteca sul fondo che non era di sua proprietà, si riputava che avesse così voluto, nell'idea che ne diverrebbe in seguito proprietario; dall'altra parte si fondava essenzialmente sulla estensione e l'effetto che aveva allora l'ipoteca nella sua generalità, almeno fuori dei paesi ove vi era la iscrizione, poichè essa passava tanto su i beni presenti che su i futuri.

Ma venendo alla nostra attuale legislazione, è incontrastabile che un'ipoteca sul fondo altrui sarebbe assolutamente senza effetto; ciò è tanto più vero che, secondo l'art. 1599 del Codice civile, la vendita del fondo altrui *è nulla*; che se essa dà luogo ai danni e interessi, è solo quando l'acquirente ignorava che il fondo fosse di altri. È del pari indubitato che non si potrebbe ammettere nella nostra legislazione l'eccezione ricevuta nell'antico diritto. L'ipoteca speciale, ch'è quella che noi prendiam solo di mira in questo momento, resterebbe senza effetto, quando anche colui che, l'avesse data sul fondo non suo, ne divenisse in seguito proprietario. Non potrebbe farsi questa eccezione senza mettersi in opposizione colla pubblicità dell'ipoteca, che è il sistema dominante della nostra legislazione. In questa legislazione vi sono due punti essenziali che non bisogna perdere mai di vista; l'uno è la stabilità dell'ipoteca, l'altro è la sua efficacia. La sua stabilità consiste nella certezza della proprietà nella persona di colui che dà l'ipoteca nel momento in cui la dà. La sua efficacia è la sua pubblicità per mezzo della iscrizione. Si dee dunque immancabilmente stare alla disposizione dell'art. 2129 del Codice civile, secondo il quale non vi è ipoteca convenzionale valida, fuori di quella che porta con ispecialità *sugli immobili attualmente appartenenti al debitore*.

Questo articolo non ha potuto avere altro oggetto, che togliere via tutte le induzioni che potrebbero ricavarsi dalle leggi romane, per aiutare a far rivivere le ipoteche mal costituite, o assolutamente nulle; il che aprirebbe l'adito a infinità di frodi e processi. È anche per questa ragione che ho creduto dover trascurare le indicazioni che mi avrebbero

somministrate i dottori antichi, e specialmente Neguzanzio, le quali aprirebbero un vastissimo campo a discussioni al presente inutili. Una iscrizione non può arrestare i terzi, i quali possono conoscere che l'immobile non era di colui che lo ipotecò. Sicchè le ipoteche accordate dal vero proprietario, quantunque iscritte dopo quelle che sarebbero state accordate da chi non lo era allora, avrebbero la preferenza su queste quando fosse la stessa persona che avesse consentite le ultime ipoteche dopo di esser divenuta proprietaria del fondo ipotecato. Non è dunque da recar meraviglia se la Corte di cassazione, con un decreto del 12 giugno 1807, abbia annullata una iscrizione perchè anteriore al contratto, il quale aveva reso il debitore proprietario del fondo ipotecato. Veggasi nella Raccolta di Denevers, all'anno 1807, pag. 345, ove questo decreto è riportato.

Questa decisione deve aver luogo, qualunque sieno le cause che facciano in seguito passare l'oggetto ipotecato in potere di colui che non ne era stato il proprietario all'epoca in cui fu l'ipoteca costituita. Il principio deve esser seguito, sia che quest'ultimo abbia posteriormente comprato l'immobile da lui ipotecato prima di divenire proprietario, sia che gli fosse pervenuto come erede da colui cui apparteneva il fondo ipotecato, sia ancora che gli fosse ricaduto per effetto di un diritto stabilito sopra un atto antico col quale se ne sarebbe spogliato. Citerò per esempio il caso di colui il quale avendo concessa un'ipoteca sul fondo, che prima non gli apparteneva, lo avrebbe poi riacquistato o per l'effetto di una revoca di donazione per sopravvenienza di figli, o per effetto di un patto di reversione di un fondo da lui donato. Queste cause sono troppo remote e molto incerte onde si possa attribuir loro l'effetto di far considerare quello che, prima di siffatti avvenimenti, concesse l'ipoteca come essendo il vero proprietario del fondo. Se dopo tali avvenimenti la medesima persona costituisse nuove ipoteche, su i medesimi fondi, queste sarebbero valide, e le prime senza effetto veruno. L'ipoteca non è, nè può essere altra cosa, che lo stabilimento di un diritto reale, *jus in re*; e, per istabilirlo in effetto, bisogna essere necessariamente proprietario della cosa all'istante medesimo.

Per conseguenza di ciò che si è detto, un particolare che avesse donato un fondo ad uno de' suoi figli, non potrebbe ipotecarlo, anche quando la natura della donazione consistesse in un'anticipazione di eredità, e quando anche, dopo la morte del padre, il fondo fosse soggetto a collazione. La donazione non per tanto è men pura ed irrevocabile sotto tutti i rapporti; e fatta che si è una volta, il donante non può più dirsi il proprietario del fondo donato. Il figlio donatario ha la facoltà di rinun-

ziare alla successione, e ritenersi ciò che gli fu donato. In questo caso il fondo non può più far ritorno al donante. Se, dopo la morte di questo, il donatario conferisce il fondo donato nella eredità, affin di stabilir l'eguaglianza delle quote, questo è soltanto relativo agli eredi; ma in ordine ai creditori del padre la donazione è stabile, ed ogni di lui proprietà sul fondo fu perduta colla donazione: da ciò risulta ancora che il figlio donatario avrebbe potuto validamente ipotecare il fondo donato. Ecco ciò che con molto giudizio stabilisce Basnage *delle ipoteche*, cap. 13, pag. 278, ediz. in 12, contro una sentenza del parlamento di Parigi che aveva giudicato il contrario. D'Héricourt *della vendita degli immobili*, cap. 10, sez. 2, num. 43, dice che questo sentimento è più conforme ai principj. Ma quando Basnage osserva che le ipoteche, che ha il figlio contratte sui fondi a lui donati, non si scioglierebbero, quantunque i fondi fossero posti in collazione, ciò deve intendersi nel caso che gli eredi avessero interesse di domandar la risoluzione di tali ipoteche. Essi, di fatti, hanno il diritto di domandare questa risoluzione quando le ipoteche fossero state prese in loro pregiudizio. Questa risoluzione si opera, in termini di diritto, *ex antiqua causa*. Ma tutto ciò si rapporta ai principj relativi alle condizioni (1).

Intanto io suppongo che un particolare possedesse pubblicamente un immobile, che ne venisse considerato per proprietario, non godendone in forza di alcun atto incompatibile colla proprietà, come sarebbe un affitto, e che egli lo ipotecasse, io credo che questa ipoteca sarebbe valida, quand'anche esistesse una lite che tendesse a privarnelo; in tal caso il possesso deve far supporre la proprietà, soprattutto se vi sono dei titoli che rendano questa proprietà apparente; l'ipoteca è allora costituita in buona fede, almeno per ciò che riguarda il creditore; in modo che se colui che ha ipotecato il fondo se ne assicura in seguito una proprietà irrevocabile, e se si mette al coperto dall'evizione, sia in vigor di giudizio, sia per una convenzione, l'ipoteca da lui già costituita conserva tutto il suo effetto. Questa induzione può tirarsi da quel che dice Basnage, alla pag. 46. Dopo aver egli detto essere dell'essenza dell'ipoteca speciale che il creditore

(1) Torno a dire che ho conosciuto la terza ediz. delle Questioni di diritto del sig. Merlin quando questo §. 3 si stampava. Ho osservato in quel che ei dice al tom. 3, alla parola *Ipoteche*, §. 4 *bis*, alcune opinioni che sembravano contrarie, almeno sotto alcuni aspetti, a quel che io ho detto sulla proprietà che deve avere del fondo ipotecato colui che lo ipoteca.

Ma io persisto nei principj che ho di sopra esposti, poichè li credo conformi alle disposizioni ed al voto della nostra attuale legislazione.

provi che la cosa ipotecata apparteneva al debitore nel tempo del contratto, soggiunge: » Nondimeno basta, per far sussistere l'ipoteca speciale sopra un fondo che non appartiene al debitore, che egli abbia qualche diritto alla cosa, *quia in eo jure constitit obligatio* ». Neguzanzio, 2 *memb.* 2 *part.*, num. 6 e 7, aveva insegnata la medesima dottrina. L'ipoteca speciale, di cui parlano questi autori, era quella medesima che ammettevasi nel diritto romano. Essa era ben differente dalla nostra in quanto alla forma costitutiva, ed in quanto agli effetti; ma le ragioni di decidere sembrano essere le medesime.

Devesi sentire, da tutto questo, quanto è dell'interesse del creditore di vegliare su ciò che colui che gli dà l'ipoteca, sia veramente proprietario del fondo ipotecato; e, soprattutto, quanto è importante, se quest'ultimo non fosse proprietario che in virtù d'una vendita fatta con atto privato, che quest'atto sia registrato, perchè abbia una data certa. Senza di ciò un'ipoteca, che fosse stata stipulata innanzi notaro dall'antico proprietario avanti il registro, avrebbe la preferenza, quantunque posteriore, per il principio che gli atti privati, non contenendo data certa, non possono nuocere ai terzi. Per maggiormente far sentire la saviezza della precauzione da me indicata, osserverò che la corte reale di Colmar ha giudicato con decisione degli 11 marzo 1817, riportata da Denevers nel medesimo anno, pag. 144, *al Supp.*, che una vendita con atto privato non può impedire l'effetto dell'ipoteca resultante da un giudizio reso prima del registro di quella scrittura, quand'anche questa vendita fosse menzionata in un atto di recognizione, stipulato per mano di notaro posteriormente alla iscrizione dell'ipoteca. È stato deciso che in questo caso non vi è principio di prova in iscritto sufficiente per autorizzare l'ammissione della prova testimoniale, tendente a stabilire che la vendita fu anteriore alla sentenza.

S'intende inoltre, per analogia, che ogni acquirente deve far costare il suo acquisto mediante un atto autentico, e non da una scritta privata, meno che non sia registrata immediatamente. Senza di ciò, malgrado un pubblico possesso, l'immobile da lui acquistato potrebbe esser gravato da ipoteche, con effetto, fino a che la vendita non venga stipulata da un notaro, o fino al registro della vendita fatta con scritta privata. Una decisione della Corte reale di Riom, del 3 giugno 1820, 1.ª camera, riferita nel Giornale delle udienze di questa corte, ha giudicato bene che un compratore con scritta privata non poteva esser molestato per un'ipoteca creata dal venditore prima del registro di questo atto; ma questa deci-

sione fu fatta unicamente per circostanze particolari. Il passaggio della proprietà era stabilito in virtù di atti amministrativi, che rimontavano a poco tempo dopo la vendita, ma avanti la creazione dell'ipoteca. Coll'atto costitutivo di questa ipoteca, non si determinava che il debitore possedesse allora l'immobile di già venduto, poichè l'ipoteca cadeva generalmente su tutti i beni che egli possedeva in una comune, il che parve sufficiente onde vi fosse una specialità d'ipoteca; ma non vi era un'ipoteca tassativa sull'immobile di cui trattavasi. Infine si diceva nella spropriazione forzata di parecchi immobili, tra' quali veniva compreso il fondo venduto, e di cui il compratore domandava la separazione, che lo stesso compratore possedeva questo immobile senza, nonostante, che fosse detto con quale titolo. Sarebbe sempre imprudente l'abbandonare la stabilità di un acquisto al resultato di parecchie circostanze la cui prova può divenire difficile. Veggasi quel che dirò sul concorso degli atti che hanno una data certa, e di quelli che non hanno questo vantaggio, nella parte 2, cap. 1, sez. 2.

Si è elevata una importante questione per sapere se la vendita fatta di un immobile dall'erede apparente, che si fosse appropriato dell'eredità nella quale è l'immobile compreso, potrebbe esser impugnata dal vero erede che uscisse in campo dopo un più o meno lungo silenzio, o che si fosse semplicemete astenuto senza aver fatto alcuna renunzia all'eredità. Si scorge facilmente che, se in questo caso, la vendita era nulla, dovrebbe essere anche nulla la ipoteca che questo erede apparente imprimerebbe sul fondo del quale è in possesso. Nel principio di questo paragrafo si è veduto che la facoltà d'ipotecare è una conseguenza di quella di alienare, in maniera che l'ipoteca dovrebbe avere il medesimo destino della vendita. Non si può più ipotecare ciò che appartiene ad altri, che non si può alienarlo.

Nel mio *Trattato delle donazioni*, tom. 1, pag. 534, n. 306, avevo detto che la pena, per mancanza di domanda onde liberar il legato, è limitata alla perdita dei frutti, a contar dal dì della morte del testatore fino a questa domanda; che la proprietà non appartiene meno al legatario dall'istante della morte del testatore; talchè, se l'erede vendesse l'oggetto legato prima o dopo questa domanda di liberazione, il legatario potrebbe rivendicarla come cosa sua propria venduta da un altro. Io ci aveva sviluppato i motivi di questa opinione, e la considerava come incontrastabile. In tal caso io riguardava la facoltà di vendere accordata all'erede, qualunque fosse la sua buona fede, e quella del compratore, come un

mezzo troppo facile e troppo pericoloso per offendere il diritto sacro della proprietà. Io invocava su di ciò gli antichi principj consacrati nelle leggi romane. Io diceva che essi si erano sempre seguitati nell'antica legislazione francese, e che a tale oggetto niente additava un cambiamento nella nuova.

Pochi anni dopo lessi un decreto della Corte di cassazione del 3 agosto 1815, che, rigettando un appello contra una decisione della Corte reale di Caen del 21 febbrajo 1814, aveva positivamente deciso che la vendita fatta dall'erede apparente era valida, in pregiudizio del diritto del vero erede, che reclamava il fondo venduto, contra l'acquirente. I motivi della decisione sono, che » la decisione impugnata si fonda sopra un'antica giurisprudenza *conforme al diritto romano*, ed è sostenuta dai più potenti motivi *d'ordine e d'interesse pubblico*; che essa si concilia coi pretesi violati articoli 549, 724 e 1599 del Codice civile, i quali non statuiscono che in massima e regola generale.» Debbo confessare che fui infinitamente maravigliato di tale decisione. Mi fece dubitare se avea io ben fissati i miei principj quando, relativamente alla vendita del fondo legato fatta dall'erede, io aveva opinato che questa vendita era nulla in quanto al legatario, i cui diritti restavano sempre intatti. Inutili sforzi feci per fissarmi su dei principj coi quali era basata la decisione, anche sotto il rapporto del diritto romano, il quale era vagamente indicato.

Il sig. Toullier, nel suo *Diritto civile francese*, si è energicamente dichiarato contro questa decisione della Corte di cassazione. Il sig. Merlin nella sua terza edizione delle *Questioni di diritto*, alla parola *Erede*, ⸿. 3, ha vigorosamente combattuta l'opinione del sig. Toullier: questi ha impugnato con pari energia quella del sig. Merlin con una dissertazione che si trova alla fine del tomo 9 *del Diritto civile*. Tra questi due profondi giureconsulti si è elevata una contesa nella quale essi distinguonsi del pari e per la erudizione, e per la urbanità. Bisogna necessariamente appigliarsi all'opinione dell'uno o dell'altro, poichè io non vedo via di mezzo. Si può dire che, sopra un processo così bene istruito, non è difficile di formarsi una opinione.

Sarebbe del tutto inutile che io intraprendessi di distruggere le opinioni del sig. Merlin. Io non debbo rifare quello che il sig. Toullier ha così ben fatto. Non vi era che una via per andar diritto alla meta, ed egli l'ha seguitata con passo fermo e vigoroso. La forza della verità, ricercata anche dal sig. Merlin, ha conseguito, dalla rettitudine del suo giudizio, delle concessioni che nè la fecondità della sua immaginazione, nè le risorse del suo spirito non hanno potuto distruggere; ciò ch'ei presentava come principj positivi, dedotti dal diritto romano, si riduce a delle oscurità ed incertezze nelle quali è impossibile ritrovare i caratteri di una legislazione.

Ma l'opinione del sig. Merlin non poteva sostenersi più coi principj del diritto francese che con quelli del diritto romano. Lo squarcio citato del celebre Cochin, desunto da una memoria che leggesi nelle di lui opere tom. 4, pag. 326, non concerne che ciò che è relativo all'amministrazione, e all'effetto dei giudizj che fossero stati resi coll'erede apparente, nell'ignoranza in cui esser potevasi dell'esistenza del vero erede. » È dunque un costante principio, conchiude Cochin, che *quel ch'è giudicato* per il solo erede apparente, è egualmente *deciso* contra tutti gli altri ». Or non erano nuove queste idee al tempo di Cochin: si rinvengono anche negli scrittori che lo han preceduto. Tanto per questo rapporto, quanto per la restituzione dei frutti per parte dell'erede apparente al vero erede, si è sempre avuto dei riguardi pel primo. Il che è precisamente quello che diceva Lebrun *nel Trattato delle succes.* lib. 2, cap. 7, sez. 1, n.° 18, e lib. 3, cap. 4, n.° 57, ove con più particolarità si spiega sugli atti di semplice amministrazione, e sulle transazioni utili; il che si vede ancora in Domat, *Leggi civili*, lib. 3, tit. 5, sez. 2, n.° 9, alla nota: » Se colui, egli dice, che si fosse trovato solo a raccogliere una successione, per cui non comparissero altri eredi, avendone goduto per più anni, sopraggiungesse quindi un altro erede nel medesimo grado, ma la cui parentela fosse stata per lo innanzi ignota, e che questo erede che avesse goduto per sì lungo intervallo della successione non potesse restituire i frutti della quota dovuta al suo coerede senza essere rovinato o molto dissestato, sarebbe un tratto di equità il moderar tale restituzione temperandola a norma delle circostanze.» Ma Cochin, Lebrun, e Domat hanno eglino detto che la vendita fatta dall'erede apparente fosse valida e potesse spogliare il vero erede che reclamerebbe in seguito? Cochin non ne dice niente; si deduce il contrario dalle parole di Domat; e Lebrun, nell'ultimo dei passi sopra citati, dà per massima che la vendita sarebbe nulla. » In fine, egli dice, può sostenersi che un erede beneficiato è escluso da un erede puro e semplice (oggetto di cui al presente non ci occupiamo), in certo modo, come un erede più lontano che sarebbe messo in possesso, e che poi sarebbe escluso dal più prossimo erede. Ora egli è certo che questo erede più lontano *non avrebbe potuto alienare, durante il suo godimento*, in pregiudizio del più prossimo erede ». Lebrun nel medesimo luogo applica gli stessi principj al legato; ed avverte che l'erede incaricato di restituirlo non può alienarlo, *nè ipotecarlo*: egli si fonda sulla legge *Si duobus*, al Cod. *comm. de legat.* Tutto ciò resulta da queste due massime del diritto romano, la cui verità e giustizia si fan sentire senz'alcuno sforzo: *Nemo plus juris ad alium*

transferre potest, quam ipse habet. Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.

Per sostenere l' opinione del sig. Merlin sarebbe stato mestieri di assimilare l'erede che tace, e sembra semplicemente di astenersi dall'eredità, a colui che espressamente vi rinunzia. Ecco sulle prime quello ch'ei fece; ma nella sua confutazione egli si fa il merito di ritrattar questa opinione, o almeno di apporvi delle modificazioni, di cui l'esame sarebbe inutile, dopo ciò che ha detto il sig. Toullier.

Io non debbo punto dissimulare che alcuni altri autori, più moderni, hanno discussa la questione relativa alla validità o invalidità della vendita. Ma cosa valgono mai alcune particolari opinioni, e cosa valgono pure alcune antiche sentenze isolate, nelle quali sembrano averci molto influito delle circostanze particolari, contra questi due gran principj, l' uno cioè, che il diritto di proprietà è sacro, l'altro che niuno può essere privato di quello che gli appartiene se non per sua volontà, o per espressa disposizione della legge? D'altronde tutte le opinioni e tutte le incertezze debbono essere sempre dipendenti dalle disposizioni del Codice civile. Ora, nell'ipotesi in esame, si possono forse vedere disposizioni più precise di quelle degli articoli 136, 137, 138, 1599 e 2182, che sono stati compiutamente sviluppati dal signor Toullier?

Convien osservare che per ciò che concerne la vendita, che sarebbe stata fatta dall'erede, del fondo legato, del che il signor Toullier non ha creduto occuparsi, il signor Merlin nella sua confutazione conviene che questa vendita sarebbe nulla. Io qui non esamino le ragioni della differenza che egli stabilisce fra questo caso e quello della vendita, fatta dall'erede apparente, degl'immobili della successione, in pregiudizio dell'erede legittimo: queste ragioni si potranno meglio valutare leggendo la risposta del signor Toullier. Però dietro la positiva confessione del sig. Merlin sulla nullità della vendita del legato, veggo che la mia opinione prende maggior consistenza conformandosi a quella di un giureconsulto tanto consumato nel diritto.

È senza dubbio increscevole doversi rivolger contra una decisione di una Corte così imponente e per il suo amore alla giustizia e per i suoi lumi, com' è per l'appunto la Corte di cassazione. Quali sono i magistrati ed i giureconsulti che ignorano i vantaggj apportati alla società per la savièzza delle sue decisioni? Ma potrebbesi attribuire a spirito di partito allorchè se ne sottopone qualcuna al rigore delle osservazioni? Questa idea sarebbe contraria a quel rispetto ch' essa con tanti titoli si è meritato. Qui trattasi di un diritto di proprietà, e si potrà forse attirare il biasimo manifestando

il timore che non si assuefacciano a far dipendere un diritto così sacro dalla buona o cattiva fede che si potrà o no riconoscere, sia in un venditore, sia in un compratore? Mi si permetta di rammentare una delle più belle massime del diritto romano: *Melius est intacta jura servari, quam post causam vulneratam, remedium quaerere.* Leg. ult. al Cod. *in quibus caus. in integr. restit. necess. non est.*

Io credo dunque poter dire, aspettando che una giurisprudenza divenga certa su questa importante questione, che un' ipoteca posta sull' immobile di una successione dall'erede apparente, sarebbe nulla rispetto al vero erede che reclamerebbe in seguito la sua proprietà; che lo stesso sarebbe di un'ipoteca imposta dall'erede sull'immobile legatogli.

Da ciò si deduce che non vi sarebbero ipoteche, regolarmente consentite, se non quelle che lo fossero state dall'erede legittimo, o dal legatario, quando, anche fossero di data posteriore. Resulta ben ancora, che se potesse accadere che l'erede apparente, il quale avesse ipotecato ciò che appartiene al vero erede, o che l'erede avesse ipotecato ciò che appartiene al legatario (il che non potrebbe avvenire se non quando questi eredi fossero divenuti realmente proprietarj), ratificassero le prime ipoteche ch'emanano da essi, queste ratifiche non potrebbero nuocere alle ipoteche, o speciali, o giudiciali, o legali, che prima gravitavano sull'immobile intestato all'erede legittimo, ovvero al legatario. La nullità di queste ratifiche, rispetto ai terzi, deriverebbe dal principio che ho stabilito nel presente paragrafo, cioè che la ratifica non ha mai effetto retroattivo, in pregiudizio delle ipoteche acquistate nel tempo intermedio (1).

(1) Ciò che ho detto relativamente alla vendita dell'immobile legato, fatta dall'erede apparente o dal vero, è la sola aggiunta che io abbia potuto fare nella mia opera dopo aver conosciuto la terza edizione delle *Questioni di diritto* del sig. Merlin. Sul rimanente mi spiego colle note.

Debbo qui avvertire che nel corso di questo Trattato, scritto prima che mi giungesse a conoscenza la menzionata terza edizione, ho citato, all'uopo, non solo la prima edizione, ma anche la seconda, la quale conteneva sopra alcuni punti delle modificazioni a ciò che si era detto nella prima. E riguardo alle decisioni che mi è convenuto citare, dopo la seconda edizione, e che il signor Merlin parimente riporta, le ho attinte dalle sorgenti allora conosciute, e specialmente dalle Raccolte di Sirey e di Denevers. Non cambierò le mie citazioni. L'oggetto essenziale è che le cose siano conosciute, e che i fonti da'quali si sono attinte le citazioni possano essere verificati. Questa terza edizione contiene del pari decisioni sopra questioni transitorie ed intermedie. Avevo creduto poterle tralasciare, almeno in parte: non pertanto vi farò delle osservazioni a luogo conveniente, poichè queste questioni spariscono giornalmente, ed è da credere che fra qualche anno non vi sarà più occasione di occuparsene. Mi limito essenzialmente a ciò che riguarda il Codice civile.

Della proprietà che deve aver colui i di cui beni sono affetti da un'ipoteca generale.

52. Ciò che ho detto, intorno alla proprietà che aver deve colui il quale dà ipoteca, non concerne che l'ipoteca speciale. Rispetto all'ipoteca generale, che cade su i beni presenti e futuri, essa è ben differente dall'ipoteca speciale, e per la sua natura, e pe'suoi effetti, per non doverla assoggettare ad altri principj. Nel diritto francese, e secondo le leggi romane, l'ipoteca colpiva di diritto non solo i beni presenti, ma ancora i beni futuri; ed affinchè l'ipoteca non colpisse se non i beni presenti, o certi beni, bisognava una stipulazione precisa, come ci suggerisce Domat, *Leggi civili* lib. 3, tit. 1, sez. 1, num. 6. Ma nel caso d'ipoteca generale, senza restrizione, il modo col quale dovevano i beni futuri esser gravati d'ipoteca, aveva dato luogo ad una difficoltà. L'ipoteca prendeva ella il suo grado, ed aveva il suo effetto dal giorno del contratto, o solo da quello in cui ciascuno de' fondi ipotecati cadeva in potere del debitore? Coquille sullo Statuto del Nivernese cap. 7, art. 10, conveniva *che la opinione comune e volgare* era quella di essere preferito il più antico creditore a coloro ch'erano posteriori in ipoteca; ma egli confessava non poter consentire a tale opinione, e credeva che tutti i creditori ipotecarj dovevano venire in concorrenza sopra ogni oggetto acquistato dal debitore, dall'istante in cui gli sarebbe pervenuto, ed in proporzione de'loro crediti. Egli fondava il suo parere su forti ragioni, e tali bisognava attenderle da un così saggio e giudizioso scrittore. Onde la cosa sia meglio conosciuta, e perchè ancora il suo parere possa confermare i principj da me esposti sulla necessità di esser proprietario di ciò che si è ipotecato specialmente, e perchè essa tende del pari a fissare maggiormente i principj sopra certe altre questioni, stimo essere utile cosa il riportare le sue espressioni: » È regola di diritto, egli dice, che niuno possa ipotecare se non ciò ch'è suo al tempo della costituzione dell'ipoteca L. *Ante omnia ff. de probat.* Vero è che colui il quale obbliga ed ipoteca i suoi beni, vale lo stesso come se obbligasse i suoi beni presenti e futuri: ma l'ipoteca dei suoi beni futuri non comincia ad avere il suo effetto, sui beni posteriormente acquistati, se non dal momento istesso in cui il debitore comincia ad esserne il proprietario. Al nascere di siffatta costituzione d'ipoteca, tutti i creditori, pel ministero della legge, egualmente vi concorrono per acquistar tale ipoteca, non richiedendosi allora verun nuovo consenso dal debitore.

La concorrenza di tutti coloro, in pari modo diligenti, fa sì che in tal concorrenza ciascuno presentando un ostacolo all'altro, debbono tutti parteciparne non per porzioni virili, ma ognuno *pro rata* del suo debito. »

Coquille fondava la sua opinione sopra una immensità d'induzioni desunte dalle leggi romane, e sopra parecchi ragionamenti che potevano apparire concludenti; è nonostante vero che l'applicazione, che egli faceva delle leggi romane, era equivoca ed anche stiracchiata. Nondimeno i suoi ragionamenti non cessavano di essere imponenti. Ma era la gente troppo accostumata alla impressione dell'ipoteca sui beni futuri, e nel tempo istesso su i beni presenti; e questo diritto d'ipotecare anticipatamente i beni, che un giorno appartener potevano al debitore, era molto comodo perchè dovessero lasciarsi in abbandono. Fu questo comodo medesimo che fece introdurre presso i Romani, con un semplice patto, l'ipoteca generale su i beni presenti e futuri, ciò che produsse un rilassamento sotto il rapporto delle regole severe del loro antico diritto, come l'ho spiegato nel Discorso preliminare.

Gli autori, e soprattutto Basnage, *dell'ipot.* cap. 5, e d'Héricourt, *della vend. degli immob.* cap. 11, sez. 2, n.° 13, hanno impugnato il sentimento di Coquille, e sì prima che dopo si vede seguire quest'antico principio, che tuttavia domina fra noi quando si tratta di casi sui quali l'ipoteca generale è conservata, che in qualunque tempo che il debitore divenga proprietario della cosa, la preferenza è sempre dovuta al più antico creditore. Pothier, *Introd. al tit.* 20, *dello Statuto d'Orléans*, cap. 2, n.° 22 e seg., sviluppa questo principio con chiarezza e semplicità. » Da ciò, egli dice, che l'ipoteca, che noi accordiamo su i nostri beni futuri, non nasce che nell'istante medesimo in cui l'acquistiamo e ne diveniamo proprietarj (seguendo il principio ch'egli avea già stabilito, che essendo l'ipoteca un diritto nella cosa, non vi è che il proprietario, o la legge in sua vece, che possa ipotecarlo), non bisogna conchiuderne che, se io ho ipotecato in diversi tempi a varj creditori i miei beni futuri, prima che avessi acquistata una data eredità, l'ipoteche di questi creditori debbono concorrere. È vero, soggiunge Pothier, che esse nascono in pari tempo; ma il primo, col quale ho convenuto d'ipotecargli i miei beni futuri, non per ciò deve meno preferirsi al secondo, e questi al terzo ec.; avendomi io medesimo con siffatta convenzione interdetto *il poter d'ipotecare ad altri i miei beni futuri, in pregiudizio dell'ipoteca che gli accordavo.* Dal che risulta che l'ipoteca del secondo non ha potuto in altro consistere, se non in ciò che era rimasto dopo soddisfatto il primo. ».

È sempre vero, però, che per qualunque ipoteca bisogna che il debitore sia stato proprietario dell'oggetto sul quale l'ipoteca ha dovuto essere esercitata, con questa differenza essenziale che, per l'ipoteca speciale, la proprietà dee risedere in testa del debitore all'istante in cui essa è costituita; in luogo che per l'ipoteca generale, che può non esistere anche su i beni presenti (dacchè può avvenire che non ve ne sieno), ma sui soli beni futuri, basta che, quando l'ipoteca generale è nata, il debitore divenga proprietario di uno o di più fondi. Al momento in cui i beni vengono in potere del debitore, essi cadono sotto il giogo dell'ipoteca, e vi restano sottoposti, anche quando il debitore li alienasse; essi possono essere sempre rivendicati, in qualunque mano abbiano fatto passaggio. In tal caso conviene rimontare al medesimo principio, che ho stabilito relativamente all'ipoteca speciale, il quale consiste nel doversi il possessore di una cosa riputarsene il proprietario fino a che non venga il contrario dimostrato; basta provare che un fondo è stato posseduto dal debitore gravato d'ipoteca generale, dopo che questa ha principiato ad esistere, per dover conchiudere che egli poteva ipotecarlo, e che l'ha realmente fatto, fuorchè non si giustifichi che non gli apparteneva. Quantunque tutto questo sia elementare, è indispensabile ritornare a questi elementi a volere intendere la nostra legislazione attuale.

Si può nulladimeno ipotecare un immobile senza essere possidente incommutabile.

53. Ma si può, sotto varj punti di vista, stabilire validamente un'ipoteca sopra degli immobili, quantunque non se ne sia proprietario in un modo incommutabile. Una proprietà può essere sottoposta a condizioni risolutorie, ma incerte, le quali verificandosi potrebbero revocarla. Però non sarebbe ragionevole di metterla, per così dire, fuori di commercio, colla proibizione di ipotecarla. L'effetto dell'ipoteca si determina da quello del diritto che opera la revoca, o la modificazione della proprietà. Si può citare, per esempio, il caso in cui un particolare ipotecasse un immobile da lui acquistatosi sotto la facoltà di ricompra, o sotto un'altra condizione sospensiva o risolutoria. Secondo poi le disposizioni dell'art. 2125, l'ipoteca si risolverebbe e seguirebbe la sorte della proprietà: ma l'ipoteca non esisterebbe meno perciò. Io mi spiegherò con maggior precisione su tale oggetto nel §. 1 della sez. 3.ª del presente capitolo.

Dei beni che possono unicamente essere ipotecati, quando un maggiore si obbliga con una donna maritata o con un minore, o quando presta loro mallevadoria.

54. Terminerò questo paragrafo con qualche spiegazione sopra i casi particolari che si riportano fra le questioni relative alle persone che possono, o nò, obbligarsi.

Una donna maritata può trovarsi nella incapacità assoluta di obbligarsi e d'ipotecare i suoi beni: può avvenire lo stesso di un minore. Per rimediare a tale incapacità e dare un effetto stabile alla obbligazione, un maggiore, padrone di disporre dei suoi beni, si obbliga solidalmente con un minore. Un marito, di età maggiore, si può solidalmente obbligare colla moglie. Si veggono ogni giorno dei mariti obbligarsi tanto nel loro proprio e privato nome, quanto in qualità di mariti, o congiuntamente e solidalmente colle loro mogli, anche sotto il regime dotale. Vi sono alcuni casi, come sarà detto nel numero seguente, in cui un maggiore, tutt'altro che il marito, può rendersi garante per una donna maritata. Il marito, o altri, che si obbliga solidalmente colla donna maritata, o quegli che si obbliga del pari con un minore, contraggono l'obbligo di una cauzione, e, secondo l'oggetto e lo scopo di questa solidarietà, essi rinunziano al benefizio della divisione, o discussione. Può elevarsi la questione di sapere, se per rendere sicura l'obbligazione, possono essere ipotecati gl'immobili della donna maritata, o quelli del minore; o se per questa garanzia non può costituirsi una valida ipoteca se non sugl' immobili del maggiore, che si rende solidalmente obbligato. Non si può dubitare che l'ipoteca inutilmente graverebbe sui fondi della donna maritata, o del minore. Tali erano gli antichi principj, e non si saprebbe stabilire una ragione per decidersi diversamente, quando si trattasse di un'ipoteca speciale affetta su i beni di proprietà della donna maritata o del minore, e quando si dicesse che il maggiore, che si obbligasse solidalmente, deve garantire la validità di questa ipoteca. Fa uopo che qui ci rammentiamo dei principj, già esposti, di non potersi cioè ipotecare il fondo altrui. Il maggiore non potrebbe dunque ipotecare il fondo della donna maritata o del minore, come questi non l'avrebbero nè anche potuto a motivo della loro incapacità.

Senza dubbio il maggiore che si obbliga solidalmente, o colui che si rende semplicemente garante, giacchè io non fo differenza alcuna in questi due casi, è garante, verso colui a favor del quale l'obbligazione è stata

contratta, dell'effetto dell'ipoteca che si sarebbe fatta cadere sui beni della donna maritata o del minore; ma ben si vede la gran differenza ch'esiste, relativamente ai terzi, fra un'ipoteca regolare e validamente posta su d'un immobile da chi ha la proprietà e la capacità d'ipotecare ed un'ipoteca che fosse soltanto costituita da colui che non sarebbe proprietario, in conseguenza d'una garanzia, alla quale egli si obbligherebbe a cagione dell'incapacità del proprietario.

Perlochè supponendo che la donna maritata, o il minore, avendo acquistata la loro capacità d'obbligarsi, ipotecassero i medesimi immobili a tutt'altre persone che a colui in favor del quale l'obbligazione, di cui ragiono, fosse stata contratta, non vi sarebbe alcun dubbio che le ultime ipoteche avrebbero il loro effetto in pregiudizio della prima. Nondimeno si conosce bene, che se la prima ipoteca fosse stata validamente ratificata dai principali obbligati, già divenuti capaci di obbligarsi e di ipotecare avanti l'ultime ipoteche, questa ratifica sanerebbe il vizio della prima ipoteca: ma farebbe inoltre mestieri che l'iscrizione fosse presa tanto in virtù del primo titolo quanto della ratifica, ed allora l'ipoteca prenderebbe la data dal giorno di questa iscrizione. Rimetto i lettori a quanto ho detto nel n.° 46. Si vede dunque che nel caso in questione non può esservi ipoteca sicura se non quella costituita da colui che sarebbesi solidalmente obbligato, o da quegli che sarebbesi reso garante sopra i suoi proprj fondi.

Dei casi in cui la nullità dell'obbligazione, rispetto al principale obbligato, giovi al mallevadore. Della cauzione del minore. Di quella della donna maritata.

55. Non vi è stata epoca in cui non siano insorte gravi difficoltà per conoscersi in quali casi le eccezioni, che il principale obbligato potea opporre contra l'obbligazione, giovino o nò al mallevadore. Allora ben si vede che la sorte delle ipoteche concesse, per la sicurezza delle mallevadorie, era subordinata alla sorte delle obbligazioni de'principali obbligati. Si resterà pienamente convinti di tutte queste difficoltà, dietro ciò che ha detto d'Argentré, sull'articolo 464 dello Statuto di Brettagna; e Basnage, *delle ipoteche*, part. 2, cap. 4, pag. 510, ediz. in 12. Tutto ciò che essi dicono si riduce quasi ad una critica ben fondata sulle antinomie che moltissime leggi romane presentano su quest'oggetto, e ad una conoscenza degli ostacoli cui andavasi incontro, allorchè secondo la diversità dei casi intendevasi pervenire a soluzioni precise. Parecchi principj generali vi era-

no, dai quali resultava che la mallevadoria non poteva validamente apporsi ad una obbligazione nulla in sè stessa; e che la nullità della obbligazione principale trascinava seco la nullità della mallevadoria. *Cum causa principalis non constitit, ne eae quidem quae sequuntur locum habent.* L. 178, ff. *de reg. jur. Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.* L. 16, §. 3, ff. *de fidej.* Ma come siffatti principj, presi in tutta la loro latitudine, avrebbero presentati gravi inconvenienti, dacchè menavano alla soppressione di parecchie transazioni utili nella società civile, è stato necessario doversi distinguere le varie specie di nullità. Talune dovevano trascinar seco la nullità della mallevadoria come quella della obbligazione principale; riguardo a certe altre non si è creduto poterle dare lo stesso effetto. Ora variando all'infinito le nullità, nelle diverse loro specie, si sono presentate molte difficoltà nelle distinzioni che si è stato nell'obbligo di fare, e ad una tal ricerca, perchè molto delicata, vi si è naturalmente mescolato gran fatto di sottigliezza. In mancanza d'indicazioni, caratteristiche per ogni nullità, è stato necessario rimontare alle loro sorgenti, ed alla loro natura per classificarle; ciocchè ha aperto un vasto campo ai ragionamenti, alle interpretazioni, e conseguentemente alla varietà delle opinioni.

Noi abbiamo nel nostro Codice civile un articolo assai importante, il di cui oggetto ha servito di guida in questa materia; esso contiene con precisione un principio fecondo di conseguenze: convien dedurle però con esattezza. Intendo parlare dell'art. 2012, così concepito: » La mallevadoria non può sussistere che sopra un'obbligazione valida. Può ciò non ostante prestarsi la mallevadoria per una obbligazione, quando anco possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato, come, per esempio, nel caso della minorità ». Dobbiamo dunque con molta cura interpretare il senso di questo articolo, e procurare di non ingannarci circa la sua applicazione alle differenti nullità che potrebbero racchiudersi nella obbligazione principale. Per procedersi all'oggetto, con qualche metodo, fa duopo distinguere le obbligazioni dei minori da quelle delle donne maritate: noi cominceremo dalle prime. La legge prende in mira un'obbligazione *valida*; essa non ha voluto ammettere la validità della mallevadoria, se non è stata contratta per l'appoggio di una tale obbligazione. Nondimeno ella non vuole pronunziare indefinitamente la invalidità d'una mallevadoria; e gli dà il suo effetto se l'obbligazione non può essere annullata che inconseguenza di una eccezione meramente personale all'obbligato. Cosa mai dobbiamo quindi concludere da questo ravvicinamento di idee? Non altro se non che il legislatore

ha supposto due specie di nullità, l'una *assoluta*, l'altra *relativa*. La nullità relativa sembrerebbe, sulle prime, di non riguardare che il minore sotto l'aspetto della incapacità personale da cui vien egli colpito come minore; ma s'incorrerebbe in errori gravi se si considerasse in tal modo l'art. 2012. Vi sono delle nullità assolute, delle obbligazioni non valide, tanto per il minore che per le altre persone, astrazion fatta dalla sua qualità di minore: e se la mallevadoria sussiste in tutti i suoi effetti, solo quando la obbligazione non può essere annullata che in conseguenza di quella qualità nella quale si consuma un' eccezione personale, non è però men vero che, se il minore garantito può opporre una nullità che sia indipendente dalla sua qualità di minore, questa nullità gioverà alla mallevadoria.

Ritenuto tutto ciò, conviene ora ricercare le cause delle nullità per le quali l'obbligazione principale può essere impugnata: così se l'obbligazione principale è infetta di dolo, di frode, di errore, se vi è lesione, s'ella è l'effetto della violenza, allora non vi è più obbligazione, e quindi nè anche mallevadoria valida. Quando dicesi *lesione*, deve intendersi una lesione che, di sua natura, darebbe luogo ad una rescissione, tanto riguardo al maggiore che al minore. Citerò, per esempio, la lesione che, in materia di vendita, deve avere una misura stabilita onde darsi luogo alla rescissione. È costante, quantunque io abbia veduto impugnare questo punto di diritto, che, sotto l'antica giurisprudenza, il benefizio di questa rescissione giovava tanto al mallevadore che al minore garantito; e, nell'attual nostra legislazione, nulla indica un cambiamento a tal riguardo. Tutte queste circostanze viziano l'obbligazione nella sua sostanza; la mallevadoria sparisce con essa, come l'ombra sparisce col corpo, per servirmi dell'espressioni di Argentré sull'articolo 464 dello Statuto di Brettagna. *Cum fidejussoria obbligatio sit veluti umbra in corpore.* Lo stesso sarebbe quando la nullità dell'obbligazione dipendesse o dal non essere l'oggetto della convenzione nel commercio degli uomini, o per essere questa convenzione contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico. Il che vien così espresso dal dotto e giudizioso giureconsulto, che ho poc'anzi citato, in seguito delle medesime leggi romane: *Cum lex contractum fieri vetat, dispositione prohibitoria a rebus sumpta, aut quia res in commercio non sit, aut inhonesta sit causa, aut prohibitio habens publicam causam, toties quia obligatio principalis nulla sit, nec fidejussoriam posse subsistere* . . . . Ma se l'obbligazione viene ad essere nulla per una eccezione unicamente inerente alla persona del minore obbligato, relativamente alla sua incapacità; se, come dice l'art. 2012, l'obbligazione non può essere annullata se non per una *eccezione meramente personale*

al minore, che ivi si cita per esempio, allora la malleveria non cessa di avere il suo effetto. Il mallevadore diviene garante di questa eccezione, se venisse opposta; e la validità dell'ipoteca, cui esso avrebbe prestato il consenso, non ammetterebbe più dubbj. È soltanto in ragione di questa eccezione, che il creditore ha chiesto un mallevadore, e questo si presume essersi obbligato a solo fine di porre al coperto il creditore; esso ha voluto che l'atto avesse il suo effetto, come se fosse stato fatto con un maggiore. Sotto questo aspetto l'antica legislazione presentava poche difficoltà: tale era la disposizione delle leggi romane. Quindi Basnage, *loco citato*, dice, dietro le medesime leggi che i giureconsulti romani insegnavano, che le *eccezioni pure e personali* (*quae personae cohaerent*) non si stendono punto ai mallevadori.

Veniamo a quel che concerne il mallevadore della donna maritata. Su questo soggetto fa duopo regolarsi con altri principj. Il punto essenziale è di sapere di qual genere è la nullità di un'obbligazione contratta con malleveria da una donna maritata, senza che il marito, sotto la di cui potestà ella trovasi, presti la sua autorizzazione ed il suo consenso. Vi è o nò ragione per sostenere che questa obbligazione non è *valida*, nella forza del vocabolo, e tale che l'ha intesa l'articolo 2012? Ora vi è tutto il campo da decidersi per l'opinione che si tratta d'un'obbligazione non *valida*, e che la malleveria non può quindi sussistere. È chiaro che queste espressioni, *che sopra una obbligazione valida*, bisogna intenderle in un senso ben diverso da quelle che si riferiscono in seguito ad una obbligazione che potrebbe essere annullata solo per effetto di una eccezione personale, per la quale il minore è indicato come soggetto di una applicazione ipotetica. In queste ultime espressioni non può esservi questione se non di una nullità la cui causa dipenda dalla sola qualità di minore.

Senza dubbio una controversia di simil fatta è stata altra volta assai dibattuta, per aver essa divise le opinioni di due grandi giureconsulti, Basnage e Pothier. Il primo, part. 2, cap. 2, ed altrove ancora, sostiene con molta forza la validità della malleveria in ordine alle donne maritate, e fonda il suo assunto per essere stata questa la giurisprudenza del parlamento di Digione, e di quello di Normandia. Pothier, *Trattato delle obbligaz.* n.° 395, contraddice apertamente questa opinione. Egli non vede obbligazione, propriamente detta, in quella di una donna maritata non autorizzata dal marito; o almeno, secondo il suo pensare, essa è infetta di una nullità, talmente radicale, ch'egli la considera come non esistente, in modo che mancando il soggetto, la cauzione, che n'è l'accessorio, svanisce.

Secondo il nostro diritto consuetudinario, egli diceva, l'obbligazione che è stata contratta dalla donna maritata, senza averne ottenuta l'autorizzazione dal marito o dal giudice, quantunque possa esser valida nel foro della coscienza, è nulla, anche *ipso jure*, nel foro esterno, giacchè gli Statuti la dichiarano assolutamente inabile a contrattare ed incapace di obbligarsi. Egli rammenta le espressioni affatto proibitive dello Statuto di Parigi, art. 234: « *La donna maritata non può obbligarsi*, ec.; e di quello d'Orleans, articolo 194, *non puole in alcun modo contrattare*. » Riporto i suoi motivi essenziali, e per brevità rinvio i lettori agli altri.

Parmi impossibile di non ammettere i principj esposti da Pothier, che son quelli dell'antica non men che della nuova legislazione. Tutti i nostri buoni autori francesi, eccettuatone ben pochi, hanno professato questa dottrina, cioè che l'obbligazione della donna maritata, senza l'autorizzazione del marito, era radicalmente nulla; che vi era questa differenza fra sì fatta obbligazione e quella del minore, cioè, che l'obbligazione di quest'ultimo era piuttosto rescindibile *aut annullanda*, che nulla. Nondimeno essi hanno eccettuati da quest'ultima regola i casi, come già ho detto, nei quali l'obbligazione del minore fosse stata infetta da un vizio che l'avrebbe annullata radicalmente, quantunque fosse stata contratta da un maggiore. È anche per questa ragione, essi dicevano, che la nullità della obbligazione della donna maritata poteva esser domandata durante il corso di trent'anni, a contare dall'epoca dello scioglimento del matrimonio, mentre in generale quella della obbligazione del minore doveva esser chiesta durante il corso di dieci anni, a contare dalla sua maggiorità. Per la verità, tutte queste prescrizioni si son ridotte a dieci anni coll'articolo 1304 del Codice civile, ma la restrizione del termine non riguarda punto la natura della nullità. Questa nullità è sempre la medesima, quantunque la domanda dovesse esser fatta in un termine minore, acciò le proprietà non rimanessero lungamente incerte.

I principj concernenti il genere di nullità delle obbligazioni delle donne maritate, non autorizzate dai loro mariti, sono sviluppati con molta energia da d'Argentré sull'art. 464 dello Statuto di Brettagna. Egli sostiene la nullità assoluta delle medesime, fondandosi su i termini proibitivi degli Statuti, come fa Pothier; quindi ne deduce essere la mallevadoria parimente nulla. I medesimi principj sono stati professati da d'Héricourt *della Vend. degli immob.* cap. 11, sez. 2, num. 2, e termina dicendo che l'*obbligazione della donna maritata, essendo nulla, non obbliga punto il mallevadore*.

Gli stessi principj deduconsi dal Codice civile relativamente alla nullità dell'obbligazione delle donne maritate, senza l'autorizzazione del marito La

sue disposizioni sono concepite in termini proibitivi, e può dirsi ciò che diceva d' Argentré riguardo a quelle dello Statuto di Brettagna: » *Tales omnes enunciationes prohibitorie concipiuntur, et potentiam adimunt per verba* NON PUÒ, *et per verba* E' DI NIUN VALORE. » Ma quello ch'è realmente decisivo, e che corrobora, nell'attuale nostra legislazione, quest'antica dottrina, è la disposizione dell'art. 217 del Codice civile: » La donna ancorchè non sia in comunione, o separata di beni, *non può* donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito o oneroso, senza che il marito concorra all'atto o presti il suo consenso in iscritto. » Io credo di aver detto la verità quando nel numero 33 scrissi che la necessità dell'autorizzazione del marito è stabilita non solo per l'interesse della moglie, ma anche per vedute morali; in modo che non è ad essa che può applicarsi la restrizione fatta dall'art. 2012 circa *l'eccezione meramente personale.* Sarà sempre contra la decenza e la dignità del matrimonio che una donna si obblighi con mallevadore senza l'autorizzazione del marito.

Ciò non ostante, Pothier, al n.° 395, osserva che se alcuno si fosse obbligato unitamente ad una donna non autorizzata, non già come mallevadore, ma come debitore principale, la nullità della obbligazione della donna maritata non produrrebbe la nullità della sua. Per esempio, se uua donna, egli dice, non autorizzata, ed io, abbiamo preso ad imprestito da voi una data somma, che è servita solo per la donna, e che noi ci siamo solidalmente obbligati di restituirvi, la donna in tal caso non sarà mai obbligata a restituirvela, quandò l'abbia dissipata; con tutto ciò io non sarò meno tenuto a restituirvela, essendo io il vostro principal debitore; mentre non è necessario per esser vostro obbligato che io stesso abbia ricevuta quella somma, ma basta solo che voi l'abbiate realmente sborsata alla donna col mio consenso. Nondimeno fa duopo convenire, che se a rigore dei principj un tale atto è valido rispettivamente alla persona che prende ad imprestito, e si obbliga, esso potrebbe, salvo in certi casi rari, rendere sospetta la condotta della donna: ma infine non sarebbe mai questione di annullare una mallevadoria inesistente.

Ma quel che finora ho detto non può riguardare che i casi ordinarj, cioè le donne maritate nel regime dotale o nella comunione. Sarebbe tutt' altro per la donna esercente pubblica mercatura, la quale può in talune circostanze obbligarsi senza l'autorizzazione di suo marito, giusta quel che ho detto nel num. 36. La necessità dell' autorizzazione del marito, quando richiedesi dalla legge, è appunto quella che costituisce il principio della nullità dell'obbligazione, e che per conseguenza porta con sè quella della mal-

levadoria. Per la stessa ragione la mallevadoria potrebbe essere valida rispetto alle donne nel caso in cui obbligar potessero alcuni de' loro fondi, de'quali avessero la libera disposizione, senza l'autorizzazione dei loro mariti.

Inoltre si vede assai bene che tutto quello che si è detto intorno alla nullità della mallevadoria apposta ad una obbligazione per parte della donna, e che la legge proibisce, è assolutamente straniero al marito che garantisse la moglie, e che si obbligasse anche con lei in una vendita de'suoi beni dotali a rimborsare, in caso di reclamo o di domanda di nullità della vendita, il prezzo della stessa vendita, ed a pagare i danni ed interessi; e che per sicurezza di questa garanzia ipotecasse gl'immobili di sua proprietà (1).

(1) Siccome ho veduto qualche volta confondere i principj nuovi cogli antichi, relativamente agli effetti delle vendite dei beni dotali, e delle garanzie contratte a tal riguardo dal marito, ho stimato opportuno il fare su questo soggetto qualche osservazione. Giova intanto ricordare quegli antichi principj che si van cancellando, e che non sono più tanto presenti allo spirito.

Nei paesi di diritto scritto, almeno in generale, e sotto varj Statuti di regime dotale che ne avevano ammessi i principj, la donna maritata non poteva obbligare i suoi beni dotali; soprattutto ella non poteva venderli, tanto coll'autorizzazione del marito, quanto se quest'autorizzazione non vi fosse stata. Preciso era l'articolo 3, del tit. 14, dello Statuto d'Auvergne. Si dice in questo articolo *erano tali disposizioni ed alienazioni nulle, e di niun effetto e valore.* Frattanto è stato sempre ricevuto, e senz'alcuna contestazione, che il marito poteva personalmente, solo o solidalmente colla moglie, vendere questi beni dotali, anche quando la qualità ne fosse stata specificata nella vendita, in qualunque modo questa fosse stata fatta. La vendita senz'alcun dubbio era nulla relativamente alla donna maritata, ed ai suoi figli, che non fossero stati eredi del loro padre; ma era valida riguardo al marito, nel senso cioè che egli era garante della nullità e del reclamo che avrebbero potuto fare la moglie o i suoi figli, i quali non sarebbero stati ammessi a produrli se fossero stati gli eredi del loro padre. Si può vedere a tal oggetto il signor Chabrol, il quale non cessa di riguardare come incontrastabile questo punto di diritto, e specialmente sopra questo art. 3, e sull'art. 5 del tit. 17.; e Probet ed i suoi annotatori, sugli art. 3 e 4 del tit. 14. Si vede inoltre negli uffizj della conservazione delle ipoteche in Auvergne, una immensità d'iscrizioni ipotecarie conservatorie, prese su i beni dei mariti per la garanzia delle vendite dei beni dotali da essi fatte, la quale garanzia produceva ipoteca generale secondo le leggi che vigevano al tempo in cui era stata stipulata. Quest' antica giurisprudenza fu costantemente ammessa dal parlamento di Parigi: essa vi era riguardata come una legge vivente. I principj nuovi introdotti dall'art. 1560 del Codice civile sono stati la conseguenza di alcuni usi introdotti nel parlamento di Provenza. Ciò si scorge negli atti di notorietà, che i signori avvocati e procuratori generali di questo parlamento ci hanno dati, e nelle Osservazioni su questi atti di notorietà, num. 67. Ecco ciò che leggesi nelle Osservazioni: » Il marito non può far nulla che deteriori la condizione della dote: l'alienazione gli è proibita. *Leg. Julia*, ff. *de fundo dotali. Leg. unic., Cod. de rei uxor. act.* Può reclamare egli medesimo della vendita da lui fatta del fondo dotale, e non si può sottoporre ad una garanzia pei danni ed interessi

Di colui che stasse mallevadore per un impubere o per un interdetto.

56. Temerei di abbandonarmi a vane ipotesi se mi accingessi ad esaminar di proposito la questione, se la mallevadoria di un impubere o di un interdetto sia valida. Non può mai cadere in mente ad alcuno di obbligarsi solidalmente con persone che trovansi in questo stato, nè vi sarà notaro il quale credesse poter determinare sì fatte obbligazioni, la cui sola idea sarebbe anche ributtante. L'impubere non può obbligarsi nè naturalmente, nè civilmente, come già ho avuto occasione di dimostrare. Si dica parimente lo stesso dell'interdetto per causa di demenza, di follia o di furore. Queste persone mancano di volontà; esse non possono quindi prestare consenso, e non si può concepire una obbligazione senza consenso, il quale è tutt'altra cosa della capacità di contrattare. Art. 1108 del Codice civile.

Non pertanto Basnage, part. 2, cap. 4, era proclive a decidere potersi validamente garantire un impubere ed un interdetto. Dopo aver sostenuto che vi era una contraddizione tra ciò che aveva detto su tal soggetto il giureconsulto Ulpiano, nella legge 6 *De verb. oblig.*, e la decisione di questo istesso giureconsulto contenuta nella legge 26 *De fidei.*, egli supponeva che l'opinione di Cujacio in questo caso inclinava per la validità della mallevadoria, giusta la leg. 70 §. *si a furioso*, *dict. tit.* Ma Pothier, n. 393, ha evidentemente dimostrato l' errore in cui era Basnage. Egli stabilisce che Cujacio si era spiegato per il solo caso in cui taluno si fosse reso ga-

verso il compratore, se non quando non gli ha dichiarato che il fondo era dotale. Duperrier, *Massime di diritto*, tom. 1, pag. 489. Decisione del 18 gennaio 1646, riferita da Bonifazio, tom. 1, lib. 6, tit. 3., cap. 1 ».

Questi usi particolari, eretti in legge, sorpresero alcuni fra i consiglieri di stato in tempo della discussione del Codice civile: accadde lo stesso nel Tribunato. Vi era nel primo progetto di legge che » se la moglie, o il marito, o tutti e due congiuntamente alienano il fondo dotale, l'*alienazione sarà radicalmente nulla* ». Il Tribunato osservò che delle difficoltà potevano nascere sulla interpretazione di queste ultime parole. Votò quindi per la soppressione, e domandò la sostituzione delle seguenti parole: » Se egli (il marito) non ha dichiarato nel contratto che il fondo venduto era dotale » a queste altre » restando nondimeno tenuto ai danni ed interessi verso il comprature, purchè questi abbia ignorato il vizio della compra. » In queste ultime espressioni appunto ritrovasi la sola modificazione arrecata dal Codice civile all'antica giurisprudenza del parlamento di Provenza. Ma si scorge assai bene quale fu mai lo spirito che regolò l' ultima redazione sopprimendo le parole *l'alienazione sarà radicalmente nulla*. Questa alienazione può esser benanche garantita dal marito; ma secondo l'attual regime egli deve particolarmente destinare dei beni per questa garanzia, e questa destinazione speciale dev' essere assicurata colle iscrizioni, che debbono essere rinnovate prima dellu spirar di ogni decennio.

rante per impuberi, dementi, o interdetti in cause per le quali queste persone possono, *senza alcun fatto dal canto loro*, essere validamente obbligate. Egli ne cita un esempio, al quale mi basta rimettere il lettore.

Non vi sono dunque che i soli minori giunti alla pubertà, specialmente se sono emancipati, per i quali si possa prestare mallevadoria con effetto. La ragione si è che, essendo in una età che si approssima alla età maggiore, si presume avere essi una volontà, e poter formare un legame naturale, quantunque la legge li renda incapaci di contrarre un'obbligazione civile. Quel che dimostrava vieppiù questa verità si è che anticamente, quasi in tutta la Francia, l'uomo giunto a quattordici anni, e la donna ai dodici compiuti, erano stimati di età perfetta per agire in giudizio, fare qualunque contratto, come se avessero la medesima facoltà che è stata in seguito accordata al solo maggiore in età di anni venticinque. L'art. 1, tit. 13, dello Statuto d'Auvergne, l'art. 173 di quello del Borbonese, e l'art. 292 di quello della Marche non permettono di dubitarne. La prova rinviensi ancora negli stabilimenti di San Luigi, cap. 73 e 142, nella decisione 249 di Giovanni Desmares avvocato del Re al parlamento, sotto Carlo VI. Del pari Loysel, *Istit. consuetud.*, lib. 1, tit. 1, art. 34, diceva: » L'età perfetta era quella di anni quattordici dietro l'antico Statuto di Francia ».

Nel caso in cui il mallevadore non fosse garante della eccezione proposta dal principale obbligato, considerata la natura di questa eccezione, dovrà egli garantire che l'eccezione sarà proposta nella stessa dilazione nella quale ella avrebbe dovuto esserlo se il principale obbligato fosse stato maggiore?

57. Non è del tutto inutile di prevedere una difficoltà che ho veduto elevarsi. Essa consiste nel conoscere se quando si tratta di una eccezione che potrebbe essere opposta dal minore, ma che dovrebbe esserlo in un dato tempo a contare dalla sua maggiorità, colui contro del quale la eccezione avrebbe luogo o come creditore o come acquirente, potrebbe sostenere che il mallevadore dovesse essere garante di questo termine, e di rimettere il creditore o l'acquirente nel medesimo stato in cui si sarebbe trovato se avesse contrattato con un maggiore; in modo che non avrebbe dovuto temere l'esercizio della eccezione che nel termine accordato al principale obbligato se fosse stato maggiore. So che si è giudicato per l'affermativa, e con piena conoscenza di causa, in una specie che riporto, e che farà meglio conoscere l'oggetto della questione.

Il 12 luglio 1775, Michele Gorce, minore, vendè un fondo che gli era toccato in sorte dalla eredità di sua madre. In riguardo della sua minorità, l'acquirente chiese una mallevadoria: in conseguenza altro Michele Gorce, suo padre, intervenne nella vendita. Si obbligarono solidalmente, e nell'atto di vendita si fece menzione che il fondo apparteneva al figlio, e che il padre si obbligava di far ratificare la vendita, giunto che quegli fosse all'età maggiore. Scorsero i dieci anni utili contra il padre. Dopo la sua morte, il figlio, di età di anni trentacinque, attaccò la vendita contro della quale si provvide di lettere di rescissione, come allora era in uso. Egli domandava la rescissione per una lesione oltre la metà del valore, che formava la misura ammessa prima del Codice civile. L'acquirente, per nome Morel, dice che la domanda di Michele Gorce figlio non era ammissibile, o almeno che doveva essere dichiarato garante della sua domanda, come rappresentante del padre, di cui era l'erede. L'avvocato di Gorce figlio sosteneva in risposta che, in fatto di garanzia, bisognava distinguere il caso in cui il principale obbligato reclamava per la minorità, da quello in cui reclamava per lesione di più della metà o per qualunque altro vizio radicale ch'esisteva nell'atto medesimo, astrazion fatta dalla minorità; che nel caso della lesione legale sul prezzo, il benefizio giovava tanto al mallevadore quanto al principale obbligato.

L'avvocato dell'acquirente conveniva che questa distinzione era fondata in massima, ma soggiungeva che, dietro la garanzia, il figlio avrebbe dovuto provvedersi, come per legge, nel corso di dieci anni a contarsi non dalla sua maggiorità, ma dal dì dell'atto; che la mallevadoria avrebbe dovuto assicurare all'acquirente che il figlio, dopo la stipulazione dell'atto, non avrebbe fatto se non quello che avrebbe potuto fare un maggiore; che l'acquirente in fine dovea considerarsi come se avesse contrattato con un solo maggiore o con due. Si rispondeva sempre per parte di Gorce figlio, che il padre non aveva inteso, nè potuto garantire, che un solo dei diritti del figlio, quello cioè che resultava dalla sua minorità, e ch'egli non aveva inteso nè potuto garantire l'effetto dell'azione di rescissione per lesione; che non eravi nè anche garanzia per l'effetto del tempo in cui il figlio poteva esercitare questa azione; che questo termine era per disposizione di legge. Nondimeno con una sentenza dell'antico siniscalcato di Auvergne, a Riom, del 4 maggio 1787, la domanda di Michele Gorce figlio fu interamente rigettata, e venne inoltre condannato nelle spese.

Si potrebbe credere che la circostanza di essersi il padre obbligato *di far ratificare l'atto al figlio giunto alla sua maggiorità* avesse influito

sulla decisione. Nondimeno fu verificato che questa circostanza era stata riguardata come indifferente, e che la questione era stata giudicata in punto di diritto sulle ragioni dell'acquirente, delle quali ho reso conto. Avvocati valentissimi di quest'antico siniscalcato avevano vigorosamente sostenuta ed esaminata l'opinione adottata. Un tale avviso, e la decisione di un tribunale sì giustamente famoso pe'suoi lumi, bastano per imporne. Non pertanto oso confessare, che ho sempre esitato ad ammetterla. Mi è ognor sembrato che la nullità della mallevadoria doveva essere indivisibile; che questa mallevadoria non potendo avere il suo effetto nel caso in questione, per la obbligazione del minore in sè stessa essa non doveva egualmente averne alcuna relativamente alla durata del tempo in cui l'eccezione del minore doveva essere opposta. Malgrado tutto ciò ho veduto non ha guari elevarsi da giureconsulti istruiti un gran dubbio sulla presente questione. Per altro la conoscenza della difficoltà può essere un avviso, onde in casi di simil natura un mallevadore operi in modo nel suo interesse, che la eccezione del minore venga dedotta nel corso dei dieci anni, a contare non dalla sua maggiorità, ma dal dì dell'atto.

Dell'influenza della qualità colla quale si contratta, sulla validità della obbligazione e dell'ipoteca.

58. Si ravvisa facilmente quanto la qualità colla quale si contrae può influire sul destino della obbligazione e dell'ipoteca. Se alcuno si obbligasse, ed ipotecasse un suo immobile, con una qualità di cui è privo, e se non si trattasse di una obbligazione personale, o solidale, l'obbligazione e l'ipoteca rimarrebbero senza effetto. Tutto ciò emana dal principio che una persona non può promettere che per sè stesso, eccettochè non si faccia garante per un'altra, art. 1119 e 1120 del Codice civile; e che l'errore sulla qualità annulla l'obbligazione. Se in seguito l'obbligazione venisse ratificata, la ratifica non avrebbe alcun effetto retroattivo al giorno della obbligazione; l'ipoteca rimonterebbe soltanto alla data dell'iscrizione che sarebbesi presa in virtù della ratifica, e della prima obbligazione.

Ma se taluno si obbligasse semplicemente in una qualità che avrebbe, ma che però non gli darebbe il diritto di contrarre tale obbligazione, l'obbligazione sarebbe parimenti nulla, in maniera che questa eccederebbe il potere derivante dalla qualità di colui che si obbligherebbe. Un tutore perciò, che, con questa sola qualità, vendesse o ipotecasse i beni del pupillo, senza osservare le dovute formalità, non imprimerebbe effettivamente al-

cuna ipoteca tanto su i beni del pupillo, quanto sui proprj. È ancora lo stesso di un procuratore, che si fosse obbligato al di là dei limiti del suo mandato.

Ma colui, che avesse la qualità in forza della quale egli contrae, potrebbe obbligare ed ipotecare i beni che in questa qualità gli appartengono, senza poter assoggettare ad ipoteca i beni che egli avesse d'altronde, e che sarebbero stranieri alla qualità colla quale contrae. Così un marito, che si obbligasse nella sola qualità di marito, potrebbe ipotecare i diritti reali che gli appartengono, e che sono congiunti alla sua qualità di marito, come per esempio l'usufrutto dei beni immobili e dotali di sua moglie.

Queste decisioni sono fondate sopra un principio spiegato dal celebre Cochin. Malgrado che si tratti d'un altra questione, il principio è applicabile a questa: » L'ipoteca, egli diceva, non è che l'accessorio di una obbligazione. Ora per giudicare di nna obbligazione fa duopo considerarla in sè stessa, e non già in una clausola semplicemente accessoria: se l'obbligazione in sè medesima si limita su certi beni, l'ipoteca non può far sì che l'obbligazione sia più estesa di quello che è in sè stessa. » Tomo 4, pag. 398, in 4.°

SEZIONE SECONDA

DELLA SPECIALITÀ. DELLA PUBBLICITÀ DI TUTTE LE IPOTECHE DI QUALUNQUE NATURA SIANO. DI TUTTO CIÒ CHE CONCERNE L'ISCRIZIONE, E DEI CASI NE' QUALI NON SI PUÒ PRENDERE UNA ISCRIZIONE CON EFFETTO IN RAGIONE DELLA POSIZIONE DEL DEBITORE, QUANTUNQUE VI SIA UN'IPOTECA. QUESTIONI TRANSITORIE.

PARAGRAFO I.

DELLA SPECIALITÀ E DEL SUO OGGETTO

SOMMARIO

59. *Della specialità, e del suo oggetto.*

60. *Della correlazione dell'ipoteca con l'iscrizione.*

61. *Utilità della specialità relativamente al debitore. Modo particolare dell'indivisibilità dell'ipoteca quando due ipoteche speciali gravano lo stesso immobile.*

62. *L'ipoteca speciale è nonostante suscettibile di modificazione. Spiegazione dell'articolo* 2130.

63. *Il debitore che non ha veruno immobile, può ipotecare quelli che sarà per acquistare in seguito?*

64. *Spiegazione dell'articolo* 2131.

65. *Dell'effetto dell'ipoteca generale contratta con atto ordinario sotto il Codice civile.*

66. *Dell'utilità dell'iscrizione per parte del creditore che domanda l'espropriazione, quando anche non si presentassero subito altri creditori.*

Della specialità, e del suo oggetto.

59. La determinazione dell'ipoteca si opera mediante la specialità. L'iscrizione fa conoscere questa determinazione, o destinazione particolare, e con questi due mezzi succede la pubblicità: senza l'una e l'altra, cumulativamente, questa pubblicità non si otterrebbe.

Che un debitore ipotechi generalmente tutti i suoi beni; che questa ipoteca resti nascosta; che diverse ipoteche si rinnovino a questo modo, di maniera che i beni siano più che assorbiti; che in questo stato di cose si contraggano ancora nuove ipoteche, e sempre sull'istesso piede, egli è chiaro che parecchi creditori perderanno il loro avere, e rimarran vittime della propria buona fede: tale era il difetto dell'antica legislazione.

Che il debitore divida le sue ipoteche, che le costituisca sopra fondi determinati e distinti, senza fare altro, vi sarà soltanto la specialità dell'ipoteca.

Ma che interessa mai questa specialità, o queste particolari destinazioni d'ipoteche, quando esse sono ignote? Questo difetto di conoscenza produrrebbe l'effetto che i terzi sarebbero ingannati sopra ciascuna delle parti della proprietà del debitore, come nella prima ipotesi lo era sull'intera proprietà. Qual'è dunque il mezzo col quale potrebbero i terzi contrattare con piena conoscenza di causa? E chiaro esser questo mezzo la iscrizione, e non altro.

Così specialità, iscrizione, e da queste, pubblicità; ecco le principali basi intorno alle quali il nostro sistema ipotecario è stabilito.

Intanto la pubblicità non è prescritta solamente per la ipoteca speciale; essa ha luogo generalmente per tutte le ipoteche, eccettuatane qualche modificazione. Ecco ciò che io spiegherò in seguito: al presente fisso la mia attenzione su ciò che riguarda l'ipoteca speciale.

Ora si comprende assai bene che la specialità dev'essere sottoposta a

delle formalità; che la iscrizione deve avere le sue; che esse non possono lasciarsi all'arbitrio delle parti contraenti o de' notari; la sicurezza delle sostanze altrui dipendeva dall'osservanza di queste forme, le quali dovevano da per tutto essere le stesse; ond'è che il legislatore ha dovuto stabilirle in un modo generale e sicuro. Si vede quindi che io devo spiegare la legislazione sotto questo doppio rapporto delle forme che costituiscono la specialità della ipoteca e di quelle che rendono regolare l'iscrizione.

Della correlazione dell' ipoteca con l' iscrizione.

60. Ma avanti di procedere alla spiegazione di queste forme, molte cose debbono dirsi le quali hanno per oggetto di far meglio conoscere non solo la specialità dell'ipoteca, ma anche la natura dell'ipoteca in generale, qualunque possano essere le cause dalle quali essa procede. E prima di tutto vado facendo un approssimazione particolare fra l'ipoteca e la iscrizione, per stabilire i rapporti fra l'una e l'altra. Quel che io dirò amplierà inoltre le idee, e le consoliderà sopra ciò che costituisce veramente l'ipoteca nel senso dell'attuale nostra legislazione. È indispensabile di dissipare le confusioni che ho veduto spesso formarsi sulla questione di sapere se l'ipoteca sia nell' ipoteca medesima o nella iscrizione, o, ciò che vale lo stesso, se sono due cose distinte, o una sola, non potendo l'una esistere senza dell'altra. Comprendo che con ciò io suppongo che molti de' miei lettori non sieno troppo istruiti del nostro sistema ipotecario: ma sono convinto però che i giovani allievi nel diritto, che debbano soprattutto conoscere gli elementi, il che non perdo di mira, potran così formarsi idee precise su tal soggetto. È questo il motivo per cui io nulla trascuro per appianare qualunque difficoltà.

L'ipoteca nella nostra attual legislazione è sempre quella che fu in tutti i tempi. Ella è sempre come l'ho definita nel n.° 4, con questa sola differenza che, quando è speciale, essa viene ristretta sopra uno o più immobili, invece di abbracciar l'intera proprietà del debitore, come l'ipoteca generale. L'ipoteca speciale esiste colla stipulazione, come le altre ipoteche prendono la loro esistenza in forza di giudizj, ovvero per effetto della legge; l'iscrizione è una formalità estrinseca, ma una formalità infinitamente importante, poichè, sola, dà la sua efficacia all'ipoteca. L'iscrizione non nasce dal fatto del debitore; ella è indipendente dalla sua volontà; il contratto a suo riguardo è digià consumato: ma l'ipoteca non può essere esercitata riguardo ai terzi, che dal momento in cui è stata iscritta. L'iscri-

zione, relativamente all'ipoteca, è la stessa cosa di quello che anticamente formava l'insinuazione rapporto alla donazione; il suo oggetto era di renderla pubblica, onde i terzi fossero avvertiti a non contrattare col donante, o almeno relativamente ai beni contenuti nella donazione; e questa, non rendendosi pubblica per mezzo della insinuazione, era nulla in quanto a coloro che avevan contrattato col donante. L'ipoteca *nasce* dal titolo che la costituisce, per servirmi dell'espressione dell'articolo 2148 del Codice civile, e l'iscrizione non è che una forma, ma una forma del tutto essenziale per lo sviluppo dell'ipoteca, una forma che gli dà la vita, e che sola attribuisce il diritto di preceder posto fra i creditori iscritti a contar dal giorno ch'essa è fatta, e di prendere generalmente tutti i creditori, siano ipotecarj non iscritti (tranne quelli la cui ipoteca fosse esente dall'iscrizione), siano semplicemente chirografarj.

La principale difficoltà che si è elevata sulla necessità della iscrizione, rispetto ai terzi, si è presentata nel caso in cui il creditore ipotecario, non iscritto, si trovava in concorso con altri creditori solamente chirografarj. Quindi è che penetrandosi delle due gravi discussioni, alle quali questa difficoltà ha dato luogo, si conoscerà perfettamente tutto l'effetto della iscrizione, e si potrà giudicare quanto essa sia necessaria.

Coloro che sostenevano che il creditore ipotecario, non iscritto, aveva il diritto di precedere i semplici creditori chirografarj, dicevano che l'ipoteca è, relativamente alla sua esistenza, assolutamente indipendente dalla iscrizione. Conchiudevano, perciò, che il creditore ipotecario, quantunque senza iscrizione, non poteva essere senza un vantaggio positivo su i creditori chirografarj; che se la iscrizione è necessaria, lo è soltanto sotto il rapporto dell'attribuzione di una preferenza, e di fissare il grado fra i creditori ipotecarj; che i creditori chirografarj non avevano preferenza, nè grado da reclamare in virtù dell'iscrizione; ch'essi erano vinti e scartati dal creditore ipotecario, senza il soccorso della iscrizione, pel solo benefizio che gli procurava l'esistenza dell'ipoteca.

In appoggio del sistema contrario opponevasi il principio desunto dall'insieme del titolo *delle ipoteche* del Codice civile: si diceva che il legislatore non ha ammesso assolutamente altra ipoteca, rispetto ai terzi, che quella che fosse iscritta, eccettuatene le sole ipoteche legali; che tale eccezione, messa da per tutto a fianco alla regola, conferma vieppiù la regola istessa; che ogni preferenza viene dalla iscrizione, e che è dalla sola iscrizione che l'ipoteca prende il suo effetto relativamente ai terzi, qualunque essi sieno. Quest' ultima opinione è stata adottata dalla Corte di cassazione con due importanti decreti.

Nella specie del primo, che è de' 19 dicembre 1809, il signor Berges, negoziante a Bordeaux, era creditore del signor Sollié, mercante, in virtù di una sentenza del tribunale di commercio dell' 11 fiorile anno 13. Egli aveva presa iscrizione, il 29 termidoro seguente, su i beni del suo debitore: ma, fin da'20 messidoro anno 13, questi era stato dichiarato in istato di fallimento, e la iscrizione presa fin d'allora si aveva come non avvenuta, per non essere stata presa in tempo utile. Vi fu convenzione fra il debitore e i suoi creditori chirografarj, nella quale il signor Berges non figurò, e per effetto di che si convenne un rilascio dell'80 per 100 sull' ammontare dei crediti chirografarj. La convenzione fu omologata dal tribunale di commercio; e il signor Berges fu tradotto da' creditori chirografarj innanzi al medesimo tribunale, per sentirsi anch'egli compreso nella sentenza di omologazione, che venne all' oggetto pronunziata. Dietro l'appello prodotto dal signor Berges di questa sentenza, sostenne che essendo creditore ipotecario in virtù di sentenza anteriore all' apertura del fallimento, non dovea esser tenuto ad annuire all' accordo passato tra i creditori chirografarj ed il comun debitore; e ben si vede che con ciò sosteneva di dover egli esser collocato fra i creditori ipotecarj, colla data della sua iscrizione. L'appello fu rigettato con una decisione della Corte reale di Bordeaux, del 16 dicembre 1807, la quale confermò la sentenza del tribunale di commercio; talchè il signor Berges fu considerato come un creditore semplicemente chirografario, e confuso con i creditori che non avevano che questa qualità.

Il ricorso prodotto dal signor Berges contro questa decisione venne rigettato dalla Corte di cassazione, con deliberazione presa nella camera del consiglio. Riporterò soltanto il principal motivo del decreto, giacchè tutti gli altri non ne sono che una conseguenza.

» Veduti gli articoli 2134 e 2135 del Codice civile; ed attesochè, a' termini del primo di questi articoli, l'ipoteca non prende il grado fra i creditori che *dal dì della iscrizione*; che il secondo non *dà l'esistenza ad un' ipoteca*, INDIPENDENTEMENTE *da qualunque iscrizione*, *se non se ad ipoteche* particolari e determinate ».

Nella specie della seconda decisione, il signor Albert, banchiere a Riom, trovavasi creditore del signor P. . . . , antico notaro della stessa città, che era stato parimente banchiere, in virtù di sentenza del tribunale di commercio de' 28 aprile 1809. Il signor Albert non avea presa iscrizione che a' 19 marzo 1811 : ma il fallimento del signor P. . . . fu dichiarato aperto a' 29 dell'istesso mese; talchè l'iscrizione non si prese prima dei dieci giorni anteriori al fallimento, e quindi fin d'allora non doveva produrre effetto,

perchè tardiva, dietro l'art. 2146 del Codice civile e l'art. 443 di quello di commercio. Gl'immobili del signor P...., essendo stati venduti, un giudizio d'ordine venne aperto per distribuirsene il prezzo. Il signor Albert si presentò come creditore ipotecario: non ebbe per suoi oppositori che i soli creditori chirografarj, contro i quali domandò di esser collocato in primo luogo. Appoggiò la sua domanda non solo sull'iscrizione presa, che egli diceva esser ben fondata, ma anche sul solo titolo, che egli sosteneva conferire da sè medesimo l'ipoteca, senza alcuna necessità di doversi iscrivere per avere la preferenza sopra semplici creditori chirografarj. La pretensione del signor Albert fu ammessa con sentenza del tribunale di prima istanza di Riom, de'23 dicembre 1814, colla quale si dichiarò valida l'iscrizione.

Sull'appello che si produsse innanzi la Corte reale di Riom dai sindaci de' creditori P..., ne nacque la più forte discussione, nella quale si può dire che il signor Albert esaurì tutte le risorse della logica onde stabilire la validità della sua iscrizione. Gli sforzi si accrebbero, stante che nna pretensione del tutto simile alla sua era stata rigettata dal decreto poc'anzi citato della Corte di cassazione. Sicchè i mezzi di difesa, in appoggio della validità della sua iscrizione, furono presentati sotto nn nuovo punto di vista.

Dovendo portare la parola in quest'affare, trovandomi io allora procuratore generale, la esaminai con la più grande attenzione, e rimasi convinto che il decreto della Corte di cassazione de' 19 dicembre 1807 non era suscettibile di alcuna critica seria. Uno dei principali motivi del signor Albert, che era anche quello che sembrava aver determinato il tribunale di prima istanza ad ammettere la sua pretensione, consisteva nel dire che non potevasi rimproverare al signor Albert alcuna circostanza di frode o di collusione col signor P.... (il che era vero); e che la sentenza da lui ottenuta, avendogli accordata un'ipoteca, l'iscrizione che egli aveva presa, sebbene fra i dieci giorni dall'apertura del fallimento, pur tuttavia egli aveva conservata questa ipoteca. L'art. 443 del Codice di commercio dice, per verità, che niuno può acquistar privilegj nè ipoteca sopra i beni del fallito ne'dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento; ma, al dire del signor Albert, cosa mai resulterebbe da ciò? Non altro certamente se non che, se egli avesse ottenuta una sentenza contra il suo debitore nei dieci giorni che precedevano l'apertura del fallimento, questa sentenza non gli avrebbe conferita un'ipoteca valida. Ora egli diceva semprepiù di non essere in quest'ipotesi; egli fin da molto tempo prima avea ottenuto un titolo che gli conferiva un'ipoteca. Altro è l'ipoteca, altro è l'iscrizione. L'art. 443 del Codice di commercio non è suscettibile di estensione; esso an-

nulla, è vero, l'ipoteca su i beni del fallito, presa nel tempo ivi indicato; ma non bisogna passare i giusti limiti: l'iscrizione, di cui non si parla in questo articolo, deve dunque rimanere in tutta la sua forza. In vero l'art. 2146 del Codice civile, dice bene che l'iscrizioni non producono alcun effetto, quando siano state eseguite nel termine durante il quale *gli atti, fatti prima dell' apertura del fallimeuto, sono dichiarati nulli.* Ma il signor Albert pretendeva, ed i primi giudici avevano pensato che tale disposizione doveva interpretarsi ed essere sviluppata collo spirito e coi termini del Codice di commercio, ch'è la sede della materia, ed il quale è posteriore al Codice civile.

Io pensai che questo ragionamento era inammissibile; che l'art. 2146. del Codice civile racchiudeva una disposizione precisa; che, per non seguitarla, nel caso in questione, vi era bisogno di una espressa derogazione a questa prima disposizione dell'art. 443 del Codice di commercio; e che tale derogazione senz'alcun dubbio non vi si citava; che d'altronde era d' uopo combinare questo articolo coll'art. 520, nel quale si dice, che i creditori ipotecarj *iscritti* non avranno voce nelle deliberazioni relative al concordato; che bisogna quindi intendere la parola *ipoteca*, dell'art. 443 del Codice di commercio, nel senso che impiegasi nella legislazione ipotecaria, cioè a dire, sotto il rapporto dell'ipoteca con quel che la rende efficace, o, ciò che vale lo stesso, di un'ipoteca con iscrizione. L'ipoteca, guardata nel suo effetto, non può esistere senza il concorso della costituzione dell'ipoteca e dell'iscrizione. Se l'una esiste, senza dell'altra, ne risulta un corpo incompleto; non vi è quel tutto regolare che la legge con necessità richiede onde vi sia l'ipoteca, ed è questo *tutto* che l'art. 443 ha inteso indicare colla parola *ipoteca*; in guisa che questa voce si deve impiegare senza farla rimuovere dai principj generali dettati dal Codice civile intorno alle ipoteche.

Penetrandosi di questi principj doveva restare per certo, dietro l'insieme delle disposizioni del Codice, che non potevasi ammettere l'ipoteca senza una iscrizione, eccettuatine i casi in cui, per una espressa eccezione fatta dalla legge, l'ipoteca ne era dispensata; che la legge fa sempre camminare l'ipoteca congiuntamente alla iscrizione; che da per tutto essa non chiama *ipoteca* se non l'ipoteca *iscritta*; che questo resulta precisamente dagli art. 2151, 2154, 2161, 2166, 2183 e 2184. Io ravvisai che con molta ragione il signor Tarrible, nell' opinione da lui emessa nell'articolo *iscrizione ipotecaria* del Repertorio di giurisprudenza del sig. Merlin, §. 2, ch'egli ha sostenuta con forti ragionamenti, si esprime nel seguente modo: » La legge

con una veduta generale abbraccia tutti i creditori di uno stesso debitore, e dice che il valore dei beni di questo debitore sarà distribuito fra tutti i creditori indistintamente in proporzione dell' ammontare dei loro crediti. Essa non ammette eccezione che in favore dei creditori che debbono godere di un diritto di preferenza, a causa delle loro ipoteche o dei loro privilegj ». Questa dottrina vien fondata sugli art. 2093 e 2094 del Codice civile: e quando in seguito la preferenza è attaccata all' iscrizione, che diventa il compimento dell' ipoteca, poichè la preferenza non data che dal giorno della iscrizione, non si può concepire che vi sia ipoteca reale ed efficace quando non vi è iscrizione. In niun luogo la legge non fa distinzione, quanto alla preferenza che dà all'ipoteca, fra i creditori ipotecarj ed i chirografarj. Lo stesso motivo, per cui si dà all'iscrizione un grado fra i creditorj ipotecarj, fa egualmente attribuir la preferenza su i semplici creditori chirografarj. Osservai che la lègge non ammette che tre sorte d'ipoteche, quali sono l'ipoteca legale con o senza iscrizione (il che è stato determinato con precisione), l'ipoteca giudiciale, e l'ipoteca convenzionale, che sono ambedue sottoposte all'iscrizione; e che se la pretensione del signor Albert fosse ammessa, ciò sarebbe introdurre una quarta specie d' ipoteca che era impossibile di classificare, un ipoteca, dico, che senza essere accompagnata, e senza aver la vita dalla iscrizione, goderebbe del privilegio attribuito alla iscrizione, senza che la legge il dica, ed anchè contro il principio fondamentale da essa stabilito; il che ne distruggerebbe l'economia, e aprirebbe un campo all'arbitrio.

Per quel che riguarda l'induzione desunta dall'art. 834 del Codice di procedura civile, io dico che il motivo in virtù del quale si era inserito questo articolo, e col quale facevasi alla legislazione una modificazione assai rimarchevole ed importante (cioè a quella legislazione che prima regolava la trascrizione ed i suoi effetti), era indifferente per la decisione della questione; che del resto, prendendo l'articolo nel suo vero significato, niun cangiamento ne derivava sulla natura e la necessità della iscrizione; che si potea soltanto conchiudere per un prolungamento alla facoltà di prendere iscrizione; ma, perchè questa avesse avuto il suo effetto, bisognava che fosse presa nel tempo utile determinato dalla legge. Ho creduto poter invocare il sistema che osservavasi sotto l'impero dell'editto del 1771, col quale i semplici creditori chirografarj erano ammessi come opponenti alle lettere di ratifica. Ora questo editto, art. 19, si estendeva fino ad accordare la distribuzione delle somme rimaste dopo l'intero pagamento dei creditori privilegiati ed ipotecarj, i quali avevano prodotto opposizione fra i creditori chirografarj op-

ponenti, *dando la preferenza ai creditori privilegiati od ipotecarj, che non avessero avuto la cura di produrre le loro opposizioni.* Vi è una gran differenza, in quanto ai principj, fra l'opposizione che aveva luogo in virtù dell'editto del 1771, e la iscrizione stabilita dalla nostra attuale legislazione, ed è qui inutile di analizzare tale differenza: ma è sempre vero ch'è stato nello spirito di qualunque legislazione ipotecaria, che quando un creditore, o privilegiato o ipotecario, non adempie l'obbligo impostogli, ove voglia conservare il suo privilegio o la sua ipoteca, egli passa alla condizione dei semplici creditori chirografarj. Secondo questo art. 19, i creditori chirografarj i quali prodotto avevano opposizione (e che ora più non sarebbero ammessi ad iscriversi) erano preferiti sul prezzo della vendita ai creditori privilegiati o ipotecarj, che avessero omesso di validamente opporsi; e se questi creditori chirografarj non avessero fatta nè anche opposizione, è chiaro che tutti sarebbero concorsi per contributo sul residuale prezzo della vendita.

Sviluppai finalmente lo spirito della nostra legislazione sulla pubblicità delle ipoteche. Ne feci resultare, come massima, che anche nel dubbio bisognava favorire la necessità di questa pubblicità, che formava il sistema della legge, giacchè si rischiava più di cader nell'errore allontanandosi da questo sistema, che adottandolo. Gli effetti salutari di questa pubblicità si ravvisano in tutti i casi; e se per esempio, nel caso presente, il sig. Albert, che aveva ottenuta una sentenza di condanna a' 18 aprile 1809, avesse subito presa iscrizione invece di prenderla a' 19 marzo 1811, avrebbe dato un avviso utile al pubblico sulla vera situazione del debitore; i creditori anteriori quindi si sarebbero posti in regola, ed avrebbero potuto assicurare il ricupero de'loro crediti, benchè non fossero iscritti che dopo del sig. Albert. Quelli fra i creditori, i quali eran divenuti tali dopo la sentenza dei 18 aprile 1809, non avrebbero punto obbligati i loro fondi a favore del signor P. . . . .

La Corte reale di Riom, con sua decisione de' 21 di luglio 1815, sulle mie uniformi conclusioni, annullò la sentenza del tribunale di prima istanza, e rigettò la richiesta del sig. Albert di voler essere preferito ai creditori chirografarj. Il sig. Albert avendo appellato contro questa decisione alla Corte di cassazione, venne la sua domanda rigettata con decreto della sezione civile degli 11 giugno 1817, dopo una deliberazione di due giorni. Questo decreto è di tanta importanza, la sua decisione influisce talmente nella giurisprudenza ipotecaria, e sotto molti rapporti sparge tanta luce sulla nostra legislazione, che io credo doverlo mettere sotto gli occhi del

lettore, avendo adesso già conosciuti i fatti e le circostanze tutte su delle quali era il medesimo fondato.

» Considerando che a' termini dell'art. 2092 del Codice civile, chiunque si è obbligato *personalmente* è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni su tutti i suoi beni *mobili* ed *immobili*; che ai termini dell'art. 2093 i beni del debitore sono il pegno *comune* de'suoi creditori, e che il prezzo ne deve essere ripartito fra di essi per *contributo*, quando non vi sieno cause legittime di preferenza, e che, dietro l'art. 2094, le cause di preferenza sono i privilegj e le ipoteche; ma che queste cause non divengono legittime se non quando il creditore che vuol giovarsene, ha osservate tutte le formalità prescritte per rendere efficace, *a fronte dei terzi*, la sua ipoteca o il suo privilegio; — *Considerando* che dall' art. 2113 dello stesso Codice resulta, che l'ipoteca *relativamente ai terzi* non data che dall'epoca delle iscrizioni che sono state prese; e che l'art. 2146 dichiara incapaci di produrre alcun effetto le iscrizioni prese fra quell'intervallo di tempo durante il quale gli atti fatti avanti l'apertura del fallimento sono dichiarati nulli; che l'art. 443 del Codice di commercio lungi di portare alcuna innovazione all'art. 2146 del Codice civile n'è invece il compimento, e fissa il termine che non era stato stabilito da questo Codice; — *Considerando* che nè il Codice civile nè quello di commercio dicono in alcun luogo che la nullità pronunziata dall'art. 2146 non deve giovare che ai creditori ipotecarj del debitore fallito; che questa nullità è di ordine pubblico, e conseguentemente radicale; ch' essa in fatti è la conseguenza necessaria del sistema della pubblicità dei privilegj e delle ipoteche consacrato negli articoli 2134 e 2135, e che è la base fondamentale della nostra legislazione ipotecaria; che lo scopo di tale pubblicità è di avvertire tutti coloro che possono avervi interesse, che il pegno è già in tutto o in parte assorbito; dal che deriva, nel caso di non iscrizione, o d'iscrizione nulla per parte dei creditori privilegiati od ipotecarj, si rientra di diritto nelle disposizioni degli art. 2092 e 2093, e che tutti i creditori del *comun* debitore, debbono concorrere *per contributo* sul prezzo avutosi dalla vendita dei di lui beni; che se vi abbisognasse una nuova prova di siffatta verità, si troverebbe scritta nell'art. 520 del Codice di commercio che assimila i creditori ipotecarj non *iscritti* ai semplici chirografarj; — *Considerando* che dichiarando nulla e di niun effetto l'iscrizione presa dal richiedente nei dieci giorni precedenti al fallimento, ed ordinando quindi di essere radiata, la decisione denunziata non ha fatta che una giusta applicazione delle leggi su tal materia e specialmente dell'art. 2146 del Codice civile, non che degli altri articoli

qui sopra espressi dei Codici civile e di commercio, ordinando che il denaro da distribuirsi lo sarebbe fra tutti i creditori del fallimento senza distinzione per contributo; — Rigetta ».

Io rifletto che i motivi della decisione della Corte reale di Riom, quantunque meno sviluppati, erano però in sostanza gli stessi. Il decreto del 19 dicembre 1809 è riportato nella Raccolta di Denevers an. 1810, pag. 15, e quello degli 11 giugno 1817 dello stesso anno 1817, pag. 297.

Ciò non ostante io credo dover osservare che la questione sulla quale mi sono occupato si presenta ancora in altre circostanze nelle quali riceve una nuova estensione, ed ove dev'essere guardata sotto altri aspetti. Io la tratterò, seguendo queste ramificazioni, nella parte 2.ª, cap. 1, sez. 1. Si vedrà ivi una dissertazione che a questa si riferisce; esse devono esser meditate l'una e l'altra per formare idee precise sopra la difficoltà.

Utilità della specialità relativamente al debitore. Modo particolare dell'indivisibilità dell'ipoteca quando due ipoteche speciali gravitano sullo stesso immobile.

61. Bisogna fare attenzione che la specialità non è soltanto introdotta per preparare la pubblicità dell'ipoteca: essa ha ancora per oggetto l'interesse particolare, del debitore. Essa gli somministra il mezzo, secondo lo stato della sua fortuna e la situazione dei suoi affari, di non ipotecare che una parte de'suoi beni corrispondente all'ammontare dell'obbligazione che contrae, e di conservar libero il resto. Quindi il diritto del creditore si limita sull'oggetto che gli è stato ipotecato, e non può in conseguenza esercitarlo sugli altri immobili fuori che nel caso d'insufficienza di quelli sopra i quali l'ipoteca è stata stabilita. Tale è la disposizione dell'art. 2209 del Codice civile. Resulta da ciò, che se un particolare non ha che un solo fondo, ma il di cui valore sia superiore all'ammontare di un ipoteca di cui l'avrebbe già gravato, egli potrebbe anche ipotecarlo ad un nuovo creditore fino alla concorrenza della nuova obbligazione, il che era alcune volte in uso sotto l'antica legislazione.

Quantunque l'ipoteca per diritto fosse generale, un debitore aveva la libertà di non ipotecare che una parte dei suoi beni, e se non vi era la clausola della generalità dell'ipoteca, la restrizione facevasene su i soli beni che vi si assoggettavano. Nè questo è tutto: poteva il debitore tassativamente ipotecare ad un nuovo creditore lo stesso fondo già ipotecato ad un altro. Nonostante per evitar il rimprovero dello stellionato e le sue conse-

guenze, era necessario che il debitore facesse conoscere al nuovo creditore l'ipoteca precedentemente costituita. Ciò è precisamente quello che ci dice Domat, *leggi civili* lib. 3 tit. 1, sez. 3. n. 18.

Ciò che dice questo scrittore fondandosi sulla disposizione di alcune leggi romane; cioè che queste due ipoteche sono indivisibili per la ragione, che andando la prima ipoteca ad essere estinta per mezzo di pagamento, la seconda non gravita soltanto sulla parte del fondo che superava il valore del primo debitore; ma essa gravita ancora sull'intera credità, e sarà operativa sulla totalità dopo che il primo creditore sarà stato soddisfatto del suo avere. Non vi è alcuna ragione per esentarsi da questa regola sotto l'impero della vigente legislazione: per questa parte i principj sono assolutamente gli stessi. Si comprende con facilità che in tal caso niuno de' creditori essendo soddisfatto del suo, l'uno o l'altro può procedere alla vendita dell'immobile; e che nel giudizio d'ordine il secondo non altro potrà prendere se non quello che rimane sul prezzo dietro la collocazione del primo.

L' ipoteca speciale è nonostante suscettibile di modificazione. Spiegazione dell' articolo 2130.

62. Le regole intanto e le forme della specialità non sono assolute per modo che non sieno capaci di qualche modificazione. Una se ne trova nell'articolo 2130 del Codice civile ove si dice: « Nondimeno se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per sicurezza del credito, egli può, esprimendo tale insufficienza, consentire che *ciascuno* dei beni che acquisterà nell' avvenire, resti ipotecato *a misura degli acquisti* ». Si potrebbe domandare se in questo caso, una iscrizione su i beni futuri, presa nell'istante medesimo della obbligazione, sarebbe sufficiente che fosse presa negli uffizj dell'ipoteche dei circondarj, ove si suppone che il debitore dovesse avere in seguito dei beni senz' attendere il momento in cui ne diverrebbe proprietario; o se, al contrario, l'iscrizione è necessaria a misura che il debitore ne acquista la proprietà per mezzo di compre da esso fatte o altrimenti. Quest' ultimo partito mi sembra indispensabile. L'ipoteca su i beni futuri, nel caso previsto dall'articolo, ha la sua origine nel contratto col quale è stata stipulata, e possono esser colpiti da questa ipoteca gl'immobili futuri senza che vi sia bisogno di procurarsene una nuova: ma questa ipoteca non può affettare gl' immobili medesimi *se non a misura degl'acquisti.* Ora secondo il sistema della pubblicità, che forma la base del nostro regime ipotecario, questo carico non si opera in altro modo se non col mezzo della

iscrizione. Senza di ciò, converrebbe ammettere che l'ipoteca ha il suo effetto dal giorno medesimo del titolo, come quando era generale ed occulta, il che non è punto ammissibile. L'ipoteca dunque prende il suo effetto mercè la iscrizione quando la proprietà si acquista dal debitore.

Per decidersi inoltre sulla forma dell'iscrizione, fa duopo rimontare alla natura dell'ipoteca, cui si riferisce. Questa in fatti è una idea dalla quale non conviene dipartirsi, ed è di molta utilità alla decisione delle questioni di questo genere. Vi sono tre sole specie d'iscrizioni, la legale, la giudiciale e la convenzionale, e sarebbe dare, luogo a gravi inconvenienti confondendole; l'una di queste specie dev'essere dunque distinta dalle altre. Ora l'ipoteca di cui ci occupiamo non cessa di essere *convenzionale* ad onta della modificazione fattavi dalla legge nell'interesse tanto del debitore che del creditore. La iscrizione dunque è necessaria e non può aver luogo prima che la proprietà del fondo sia del debitore, poichè è dalla natura dell'ipoteca convenzionale che non possa affatto esistere su di un fondo che non appartiene al debitore. È allora che l'iscrizione rende l'ipoteca speciale, la cui sorgente è nel contratto; ed è questo il solo effetto al quale si limita la modificazione introdotta dall'art. 2130. Per modo che tutti gli altri creditori iscritti su i fondi così pervenuti al debitore (anche in forza d'ipoteche posteriori a quelle del creditore che troverebbesi nel caso preveduto da questo articolo, ed iscritti prima di lui, a misura che i beni acquistansi dal debitore) sarebbero preferiti a questo creditore.

Per non ammettersi la necessità della iscrizione, secondochè i fondi si acquistano dal debitore, invano si opporrebbero gl'incomodi gravissimi del creditore, per dover spiare il momento in cui ciascuno dei beni futuri perverrà al debitore, onde gravarli colla sua iscrizione. Inutilmente direbbesi che un debitore di mala fede può trar profitto dall'ignoranza di un creditore ed alienare o ipotecare con frode ad un altro i fondi nel momento istesso che ne addiviene proprietario. Vero è che, nella specie proposta, sarebbe stato desiderabile che il legislatore avesse accordato al creditore un termine per la iscrizione a contar dall'epoca in cui i beni futuri perverrebbero al debitore. Lo stesso desiderio si manifesta ancora in diverse altre circostanze che io fo osservare nel corso della presente opera. Ma questo avviso è diretto piuttosto al legislatore che al magistrato e al giureconsulto; e, quando si ravvisasse, a questo riguardo, una imperfezione nella legge, non servirebbe essa di un motivo sufficiente per rifiutarsi ad eseguirne le disposizioni quando sono precise.

È del pari vero, che trattandosi d'ipoteca giudiciale, la quale gravita

su i beni futuri, la iscrizione sopra tutti i beni presenti e futuri, presa in ogni circondario, è sufficiente. Ma questi due casi non possono essere insieme paragonati, su di che mi spiegherò con maggior particolarità, quando avrò occasione di parlare dell'ipoteca giudiciale.

Il debitore che non ha verun immobile può egli ipotecare quelli che sarà per acquistare in seguito?

63. Debbo su tal proposito far conoscere che la Corte reale di Besanzone, con sua decisione del 29 agosto 1811, riportata da Denevers an. 1812, pag. 55, *al suppl.*, ha giudicato che un debitore il quale non possiede alcun immobile nel tempo della obbligazione, può, per sicurezza del credito, ipotecar quelli che acquisterà in seguito. A me pare che questa decisione sia fondata. Una simile ipoteca non si oppone all'art. 2129, e secondo lo spirito dell'art. 2130 n'è anzi una conseguenza. Sarebbe difficile di stabilire una differenza fra il caso di un debitore che possiede beni immobili gli ipoteca, e, stante la loro insufficienza, assoggetta egualmente all'ipoteca i beni futuri, e il caso di un debitore che non possedendo immobili al tempo della obbligazione, per sicurezza del creditore ipoteca i suoi beni futuri.

Per altro io rinvio i lettori ai motivi della decisione che sono giudiziosissimi. Aggiungo che entra nelle mire sane e politiche di facilitare le obbligazioni colla stipulazione dell'ipoteca finchè i terzi non ne risentano alcun pregiudizio. Ma si comprende assai bene che così nell'uno come nell'altro caso l'iscrizione è indispensabile sopra ciascuno dei fondi a misura che vengono dal debitore acquistati. È anche nella specie della sopradetta decisione che il creditore non aveva trascurata una simile precauzione.

È ancora a proposito di osservare che in amendue i casi enunziati nel presente numero e nel precedente, il debitore potrebbe domandare la riduzione dell'ipoteca, se il creditore gli desse un'eccessiva estensione a paragone dell'ammontar del debito. La modificazione dell'ipoteca speciale, che resulta dall'art. 2130 fa nascere l'idea di ravvicinare questa ipoteca, così modificata, all'ipoteca giudiciale ed anche alla legale per le quali si ammette la riduzione. Quando il debitore non può regolar da se stesso i limiti dell'ipoteca convenzionale, per effetto dell'ascendente che il creditore prende sopra di lui, è allora che fa d'uopo invocar l'art. 2161. Egli non si deve abbandonare al capriccio, alla durezza, o al chimerico timore del creditore.

Spiegazione dell'art. 2131.

64. L'art. 2131 del Codice civile presenta un'altra modificazione. Ecco com'è concepito: » Parimente nel caso che l'immobile, o gl'immobili presenti sottoposti all'ipoteca fossero periti o deteriorati, in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi potrà o chiedere sul momento il suo rimborso, o ottenere un supplimento d'ipoteca ».

La questione di sapere se vi sia o no insufficienza per la sicurezza del creditore, dee dipendere da una perizia, meno che, paragonando l'ammontare del creditocol valor del fondo rimasto dopo il deperimento, l'insufficienza non fosse evidente. Ciò rientra nella disposizione dell'art. 2209 ove si dice che il creditore non può chiedere la vendita degl'immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito fossero insufficienti. Ma si comprende anche che questa insufficienza dev'essere stabilita, o col consenso delle parti, o mediante un giudizio, dietro una perizia. Si può dire parimente che la scelta fra il pagamento (la legge suppone che il termine non sia spirato) o il supplimento d'ipoteca, di cui si è parlato nell'art. 2131, pare che debba essere differita al debitore, malgrado che la legge, a tal riguardo, lasci sussistere qualche equivoco. Nel dubbio, tutto s'interpetra per la esecuzione del contratto in favor del debitore. Avviene in tal caso come in quello di un' obbligazione contratta con garanzia; gli immobili dati in ipoteca sono degli agenti materiali che tengono luogo di cauzione Ora nel caso di un'obbligazione contratta per imprestito sotto cauzione, quando la cauzione diviene insolvibile, l'obbligazione non cessa di sussistere. Il debitore è tenuto soltanto a darne un'altra. Tale è la disposizione dell'art. 2020 del Codice civile.

Ma è ben inteso che nel caso di supplimento d'ipoteca, o perchè convenuto fra le parti volontariamente in virtù di un atto autentico, o perchè, discordando esse sul valore, lo abbiano determinato i tribunali, dee il creditore prendere iscrizione su gl'immobili che formano questo supplimento. L'iscrizione dev'essere presa in virtù del primo atto obbligatorio o del giudizio che fissa il supplimento; e l'ipoteca non si rende operativa che dal giorno di questa iscrizione. L'iscrizione presa su i primi fondi ipotecati non potrebbe servire di supplimento a quella da prendersi su i nuovi fondi, l'ipoteca de' quali dev' essere similmente nota ai terzi. L'ipoteca conserva sempre la qualità di convenzionale, in quanto al supplimento ed è soggetta ai principj che regolano quest'ipoteca.

Dell' effetto dell' ipoteca generale contratta in un atto ordinario, sotto il Codice civile.

65. Quel che fa sentire la necessità di stipulare con avvedutezza la specialità dell'ipoteca, si è la questione nata nei tribunali per conoscere se il creditore che sotto l'impero del Codice civile (il che avrebbe avuto luogo egualmente sotto la legge di *brumaio* anno 7) ha stipulata un'ipoteca generale la quale sarebbe nulla, può, prima della esigibilità del credito obbligare il debitore a dargli un'ipoteca speciale. La Corte reale d'Aix decise per la negativa con una decisione del 16 agosto 1811, riportata nella Raccolta di Denevers an. 1815, pag. 89, *al supp.* Ma tal decisione parve essere troppo dura. Un errore intorno a sì fatta stipulazione non potrebbe mai privare un creditore del diritto di domandare quelle sicurezze che crederebbe di avere e che non ha. Vi è stata sempre l'intenzione di dare delle sicurezze ipotecarie; e sarebb'egli giusto che un creditore in tal caso fosse astretto di vedere un debitore di mala fede dissipare la sua fortuna e vendere successivamente i suoi beni, senza che questo credito potesse prevenire la perdita del suo credito? Del rimanente, le circostanze possono influirvi, e parrebbe, in seguito della citata decisione, che alcune se ne presenterebbero le quali potessero avere questo effetto.

Evvi qualche analogìa fra questa specie, e quella sulla quale la Corte reale di Riom ha emessa una decisione il 25 maggio 1816, riportata da Denevers, an. 1817, pag. 31, *al supp.* È stato da questa Corte con ragione giudicato, che il debitore che ha ipotecato i suoi beni in un'epoca in cui non possedeva alcun immobile, poteva essere costretto a dare al suo creditore un'ipoteca speciale sopra quelli che avrebbe acquistati in seguito.

Ma da tutto ciò ne viene sempre per principio, che un'ipoteca generale contratta sotto il Codice civile, sarebbe nulla. Essa non produrrebbe alcuno effetto, non solo contra colui che l'avrebbe consentita, ma neppure contra i suoi eredi. Non vi sarebbe contro di questi che l'azion personale per la loro porzione, e ciascuno di essi non sarebbe punto sottoposto all'azione ipotecaria per la totalità, sugl'immobili che gli sarebbero toccati per la sua quota; il che ha luogo soltanto nel caso di un'ipoteca generale, legalmente consentita come tale. Il signor Chabot de l'Allier ne fa giudiziosamente, osservazione nel suo commentario sull'art. 873 del tit. *delle successioni* n.° 13; e la Corte reale di Riom, 2.ª camera, l'ha così giudicato colla sua decisione del 6 gennaio 1820, riportata nel Giornale delle udienze di questa Corte, 1.° fascicolo del 1820, pag. 12.

Della utilità della iscrizione per parte del creditore che domanda l'espropriazione, quando anche non si presentassero subito altri creditori.

66. Da quel che ho di già detto circa la natura e l'oggetto della iscrizione, ne segue che la iscrizione, la quale sola dà all' ipoteca la sua efficacia, non è necessaria che relativamente ai terzi, e non riguardo al debitore. Il creditore ipotecario, quello cioè, che ha un titolo semplicemente antentico, importante ipoteca, potrebbe dunque espropriare i beni del debitore con effetto, senza aver presa iscrizione, o quando la iscrizione da lui presa fosse nulla: i beni del debitore non per questo cessano di essere obbligati, e questo basta per la espropriazione. Sarebbe allora il caso di far l'applicazione del principio elementare riportato nell'art. 2092 del Codice: » Chiunque si è obbligato personalmente, è tenuto ad adempire la sua obbligazione su tutti i beni mobili ed immobili, presenti e futuri. » Questa disposizione è talmente chiara che io potrei dispensarmi di appoggiarla ad una decisione della Corte di appello di Liegi del 28 novembre 1808, riportata da Denevers, an. 1810, pag. 32.

Bisogna intanto osservare esser sempre prudente lo iscriversi per due ragioni. La prima si è, che lo stesso creditore che provocherebbe la espropriazione sarebbe posposto agli altri creditori che avessero prima di lui adempita questa formalità. La seconda ragione è che lo stesso creditore il quale non si sarebbe iscritto prima di dar principio a questa procedura, correrebbe il rischio di perdere tutte le spese fatte a tal uopo se il debitore alienasse i fondi prima della denunzia del sequestro, e se questo debitore fosse d'altronde insolvente. Vi è ancor di più: se, anche dopo questa denunzia, il creditore, per esempio di 20,000 fr., in forza di un titolo autentico ed esecutivo ma non iscritto, avesse cominciato contra il suo debitore il sequestro de' suoi immobili del valore di 20,000 fr., e gravati di un altro debito ipotecario di 10,000 fr., egli vedrebbesi escluso da un acquirente volontario, il quale avesse acquistati questi stessi immobili del prezzo di 10,000 fr.; poichè, pagando questi 10,000 fr., avrebbe sodisfatto alla legge e al contratto. Tale sarebbe la conseguenza dell'art. 693 del Codice di procedura civile. Questo è quello ancora che con molto giudizio osserva il signor Tarrible, *Rep. di giur. Sequestro immobilare*, §. 6, art. 1, n.° 14; ma in tesi generale, il creditore spropriante senza iscrizione, non è per questo meno abile ad intentare la espropriazione; e se le circostanze ora prevedute non si verificano, il prezzo della vendita servirà pel pagamento del suo credito e delle spese.

Alla decisione del 28 novembre 1808, si può unire quella della Corte reale di Parigi, de'15 aprile 1809, colla quale si è giudicato che un giudizio d'ordine non poteva essere annullato solo perchè la iscrizione del creditore spropriante era radicalmente nulla. Si vede la analogia che regna fra le due specie, senza che sia necessario spiegarla. Quest'ultima decisione trovasi nell'istessa raccolta di Denevers, an. 1810, pag. 68, *al supp.* Vi è ancora qualche rapporto fra quest'ultima decisione ed un altra della Corte di cassazione, del 10 febbrajo 1818, riferita dallo stesso autore, an. 1818, pag. 95. Questa ultima ha giudicato che ogni creditore ipotecario, qualunque sia il grado della sua iscrizione, ha il diritto di far espropriare il terzo possessore del fondo che gli è ipotecato, senza che gli si possa opporre di non aver egli interesse a ciò, perchè non può sperare di essere utilmente collocato.

Dietro queste spiegazioni preliminari, passo a trattare degli oggetti enunciati nel titolo di questa seconda sezione.

PARAGRAFO II.

DELLE FORME COSTITUTIVE DELLA SPECIALITÀ. DELLA PUBBLICITÀ DI TUTTE LE IPOTECHE, QUALUNQUE NE SIA LA NATURA, E DELLE FORME DELL'ISCRIZIONE.

SOMMARIO

67. *Delle forme costitutive della specialità. Essa può principiare con un atto privato, seguitato da una recognizione notariale.*

68. *Specie particolari a questo soggetto.*

69. *Oggetti importanti che la iscrizione deve far conoscere dietro l'atto costitutivo dell'ipoteca.*

70. *Cambiamento di giurisprudenza a tal riguardo. Principj sopra i quali è necessario fissarsi.*

71. *Della conoscenza da darsi de' fondi ipotecati. Indicazione delle decisioni che vi sono relative.*

72. *Della conoscenza da darsi del creditore e del debitore.*

73. *Errore sui nomi e cognomi del creditore e del debitore.*

74. *Un creditore può prendere iscrizione pel suo debito. Del cessionario d'un credito, e del caso in cui il creditore fosse morto.*

75. *Delle iscrizioni prese per una casa di commercio stabilita sotto una ragione sociale, e per un pubblico stabilimento.*

Delle forme costitutive della specialità. Essa può principiare con un atto privato seguito da una recognizione notariale.

67. La specialità dell'ipoteca deve sempre derivare da un atto autentico, dietro l'art. 2127 del Codice civile. Non è però necessario che sia fatta collo stesso atto che contiene l'obbligazione, poichè può farsi con atto posteriore, purchè sia in forma autentica: tale è la disposizione dell'art. 2129.

Ciò non ostante l'ipoteca potrebbe anche derivare da un atto privato contenente la specialità, il quale dopo di essere stato registrato sarebbe riconosciuto, avanti notaro, dal debitore, in vantaggio del creditore. È ben noto che in questo caso il primo atto resta in potere del notaro, e che viene annesso alla minuta dell'atto di recognizione. A tal oggetto non si rinviene alcuna disposizione precisa nel Codice civile; l'art. 2123 non parla che delle recognizioni o verificazioni d'atti obbligatorj privati fatti in giudizio, il che rientra nell'ipoteca giudiciale. Ma non può mettersi in dubbio che un simile atto, in tal guisa riconosciuto, non producesse l'ipoteca convenzionale e speciale. La ragione si è che l'autenticità della recognizione dell'atto si trasfonde necessariamente nell'atto istesso. Ciò aveva anche luogo prima della nuova legislazione. Mi basta citare ciò che dice Pothier *Introd. al tit. 20 dello Statuto d'Orléans*, cap. 1, sez. 1, n. 13. « Gli atti privati, ei dice, vengono muniti dell'autorità pubblica, e producono l'ipoteca dal giorno della recognizione fattane dal debitore *avanti notaro* ». Non vi è alcuna ragione per dipartirsi da questo principio sotto al rapporto dell'ipoteca speciale stabilita dal Codice civile. Facendo applicazione dello stesso principio si può dire, che se l'atto obbligatorio privato non contenesse la stipulazione dell'ipoteca con specialità, potrebbe il debitore realmente stipulare questa ipoteca coll'atto notariale, contenente recognizione di questo atto obbligatorio. Il processo da me indicato non è ordinariamente praticato con intenzione, ma vi si puole essere indotti per l'effetto di circostanze particolari.

Specie particolari a questo soggetto.

68. Ciò che ho detto è stato riguardato come certo in parecchie contestazioni che si sono elevate all'occasione dell'effetto che dovevano avere gli atti privati. Ciò che lo prova si è di essersi finanche giunto a render valida una costituzione d'ipoteca speciale, ed una iscrizione nel caso di un deposito fatto dal debitore, presso un notaro, di un atto obbligatorio privato, che racchiudeva una stipulazione d'ipoteca con specialità, e nel quale era nel medesimo tempo detto che questo atto si sarebbe depositato presso un notaro, e che ne sarebbe rilasciata una spedizione in forma al creditore a spese del debitore. Una sentenza, confermata dalla Corte reale di Caen, dichiarò valida la iscrizione sul motivo che il contratto d'affitto era divenuto autentico mediante il *deposito* fattosene presso un notaro. L'appello fu rigettato dalla Corte di cassazione con decreto degli 11 luglio 1815, riportato da Denevers lo stesso anno, pag.

459. Questo decreto è motivato sopra ciò che, mediante il deposito fatto dai debitori *innanzi notaro in esecuzione dell'obbligazione*, il contratto privato è divenuto autentico, poichè l'atto depositato, e l'atto di deposito redatti dal notaro, si sono *identificati e non hanno formato che un solo e medesimo atto*. Non pertanto resta sempre la difficoltà, che un deposito solo non è che *un fatto*, e non una positiva recognizione di tutto ciò ch'è contenuto nell'atto depositato, e soprattutto una recognizione ed approvazione della costituzione dell'ipoteca con ispecialità.

D'altronde si vede bene quanto è necessario, per scansare delle difficoltà, dietro le disposizioni imperative degli art. 2127 e 2129 del Codice, di seguitare la via indicata nel numero precedente, come l'ho infatti sempre veduto praticare. L'atto di deposito contener deve una recognizione ed approvazione del contenuto nell'atto depositato. Ma ben si comprende che un semplice deposito fatto dal creditore nelle mani di un notaro, senza il concorso e la recognizione del debitore, sarebbe assolutamente inefficace relativamente all'ipoteca, e se ne intende facilmente la ragione.

Questa specie ha colla seguente molta analogia. Un particolare con iscrittura privata accorda la facoltà di poter costituire sopra i suoi immobili una ipoteca speciale. Il procuratore costituisce l'ipoteca con atto notariale; ed il creditore in virtù di tale ipoteca s'iscrive immediatamente sui medesimi beni. In seguito, lo stesso particolare che avea dato la facoltà, mediante l'atto privato di costituire l'ipoteca, viene a contrarre una altra obbligazione e conferisce al nuovo creditore un'ipoteca sui medesimi immobili. Un dibattimento ha luogo tra ambedue questi creditori, e si domanda di sapere quale delle due ipoteche deve ottenere la preferenza. Un decreto della Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, de'27 maggio 1819, riportato da Denevers lo stesso anno, pag. 405, conferisce alla prima questa preferenza. Una tal decisione si fonda sul motivo che il Codice stabilisce, come regola generale, che ogni mandato, qualunque siasi il suo oggetto, può esser fatto con atto privato, e che, occupandosi in un'ulteriore disposizione del mandato, all'effetto di consentir l'ipoteca, non deroga punto alla regola stabilita, dicendo soltanto che un tal mandato deve essere fatto espressamente. Inoltre dicevasi ancora che, per quel che riguarda l'atto costitutivo d'ipoteca, veniva esso ad essere autentico e consentito da un mandatario specialmente autorizzato a sottoporre ad ipoteca i beni del suo mandante.

La prudenza esige che si prendano tutte le misure convenienti, perchè si evitino difficoltà sì gravi in una materia di tanta importanza. Ora non deesi perdere di mira che gli articoli 2127 e 2129 del Codice civile esi-

gono imperiosamente che l'ipoteca sia stabilita mediante un atto autentico. Essa è di diritto civile; è una conseguenza della pubblica autorità, e non può dipendere che da un atto rogato innanzi ad nn pubblico uffiziale, che ha ricevuto dal sovrano un carattere per conferire l'autenticità. Fa duopo, quindi, che l'ipoteca emani meno dall'atto che stipulerebbe un procuratore, che dall'istesso atto firmato dal debitore. Rispetto agli articoli del Codice civile, relativi alla forma del mandato, si concepisce bene di doverli coordinare con quelli dello stesso Codice relativi alla costituzione dell'ipoteca, alla quale neanche pensavasi allorchè venne adottato il progetto di legge sul mandato. Si uniforma vieppiù ai principj, che l'obbligo della ipoteca speciale sia racchiusa nel mandato passato innanzi notaro, e che il mandatario, in forma d'esecuzione, ridomanda tale stipulazione per supplire all'assenza del debitore che ipoteca.

Nella specie dell'ultimo decreto, de'27 di maggio 1819, il debitore, dopo la seconda obbligazione e costituzione d'ipoteca, aveva ratificato le sue obbligazioni a favore del primo creditore; questi avea presa una seconda iscrizione, *senza derogare alla prima.* Ora a tal riguardo stimo a proposito di richiamare il principio che ho di già spiegato, in virtù del quale sì fatta ratifica sarebbe stata del tutto senz'effetto, se la prima costituzione d'ipoteca fosse stata nulla, non avendo mai le ratifiche effetto retroattivo in pregiudizio di un terzo. Ved. il num. 42, del presente Trattato pag. 112.

Oggetti importanti che la iscrizione deve far conoscere dietro l'atto costitutivo dell'ipoteca.

69. Non deesi soltanto far attenzione alle sole forme dell'atto col quale un debitore costituisce un'ipoteca speciale. Sonovi ancora molti oggetti i quali, secondo gli art. 2129 e 2148 del Codice civile, richiedono la più gran diligenza per adempire esattamente al voto della legge onde ottenere e conservare l'ipoteca. Lo scopo di questi due articoli del Codice è di fare conoscere 1.° gl'immobili ipotecati; 2.° il creditore; 3.° il debitore; 4.° l'ammontare del credito, la data, la natura del titolo e l'epoca della esigibilità del credito. Tutto ciò che la legge prescrive per procurare la conoscenza di questi oggetti, è comune alla specialità e alla iscrizione, poichè la iscrizione deve essere un quadro fedele della specialità, ed un estratto di tutte le parti dell'atto che la costituiscono. Tali sono i soli mezzi coi quali i terzi possono avere questa conoscenza; in modo che, nelle spiegazioni nelle quali sono per entrare, è impossibile di dividere la specialità dalla iscrizione.

Cambiamento della giurisprudenza a tale riguardo. Principj sopra i quali è necessario fissarsi.

70. Ma, prima di entrare in queste spiegazioni, è utile indicare una variazione di giurisprudenza che ha avuto luogo sulla osservanza di tali forme. La materia ne sarà meglio conosciuta, e si avranno delle idee più giuste sullo spirito della presente giurisprudenza e sulla necessità di mantenerla.

Ne' primi tempi, quando comparve la legge ipotecaria, nei tribunali e particolarmente nella Corte di cassazione, si stabilì un sistema molto severo per l'osservanza delle forme relative agli oggetti de' quali la legge volea che si desse conoscenza col mezzo dell'iscrizione, e conseguentemente col contratto costitutivo dell'ipoteca, la di cui iscrizione non era, nè esser potea, che una relazione. Si opinava che lo spirito della legge era nella lettera della legge istessa, ed i magistrati osservando la legge su tal punto di vista, e sentendosi obbligati a questa severità da' moti della loro coscienza, non credevano doverla ordinare in considerazione delle conseguenze.

È vero che le nullità non si suppliscono, che esse debbono essere testualmente pronunziate dalla legge (1); e non vi sono nullità pronunziate dagli articoli 2129 e 2148 del Codice civile. Ma, dicevasi, il principio si modifica nel caso d'inosservanza delle formalità in questione. Quando la legge accorda un benefizio, sotto una condizione, questo benefizio non può esistere senza che si avveri la condizione. La legge nel prescrivere la iscrizione ha voluto organizzarla come ella è. Se tale non è, sarà lo stesso che non ve ne fosse alcuna. Da qui deriva la dottrina delle nullità *sostanziali* ed *assolute*.

Ma le conseguenze di tale severità si fecero talmente funeste, che ne derivò gran numero di decadenze d'ipoteche, poichè era molto difficile l'osservanza esatta e scrupolosa delle forme: vi furono perciò vivissime discussioni le quali fecero risplendere un più chiaro giorno sulla controversia; ed un sensibile cambiamento ne risultò nella giurisprudenza. Questa modificazione ha procurato il mantenimento della legge giudiziosamente intesa, senza che gl'interessi dei creditori iscritti e dei terzi siano offesi. Io opino che il sig. Merlin abbia contribuito a rettificare la prima giurisprudenza con savie osservazioni, appoggiate a forti ragionamenti, che io ho osservati

(1) V. nel presente Trattato, al num. 17, pag. 68, ciocchè Mornac ha detto su questo oggetto.

in alcuni dei discorsi ch'egli ha pronunziati, in qualità di procurator generale alla Corte di cassazione, quando si presentavano delle difficoltà di questo genere. Esporrò solo alcuni squarci del discorso pronunziato, in occasione di un decreto reso il 15 maggio 1809, fra la marescialla di Beauveau e la signora Testu-Balincourt, riportato da Denevers, an. 1809, pag. 406. Questi squarci sono il riassunto di altre parti del suo discorso. Io gli riporto perchè ognuno vi si penetri dei veri principj sui quali conviene ora fissarsi intorno alle questioni di tal natura, che l'interesse o piuttosto la cupidigia fanno nascere ancora al giorno d'oggi. Si trattava di una nullità per mancanza di indicazione del domicilio e della professione del creditore; ed a me sembra che le osservazioni ch'egli faceva circa questa formalità possono del pari applicarsi a tutte le altre. Ora il signor Merlin così si esprime: » La legge si guarda bene di pronunziare sì fatta pena di nullità in quanto alla mancanza d'indicazione di domicilio; e perchè mai non la pronunzierebbe ella? perchè riponendo tutta la sua fiducia nel principio generale, che prescrive doversi la pena di nullità intendere di pieno diritto in tutte le disposizioni relative alle forme *sostanziali*, e non mai in quelle relative alle forme *secondarie*, ella riposa sui giudici per la cura ch'essi debbono avere di distinguere quali sono, fra le forme prescritte per le iscrizioni, quelle che hanno o nò relazione alla sostanza degli atti, cioè a dire, quelle che sono o nò indispensabili *per far conoscere il credito, il debitore, il creditore, ed i beni su' quali si tratta d'acquistare ipoteca* ».

Altrove diceva: » In una iscrizione ipotecaria il giudice non è legato che dalla regola che prescrive, sotto pena di nullità, la chiara e precisa indicazione della persona del creditore. Egli può non applicare questa regola al difetto di tale o tale altra indicazione richiesta dalla legge, onde stabilire questa indicazione quando, d'altronde, nella causa di cui si tratta, egli trova o che queste indicazioni sono sufficientemente sostituite da altre, o che sono inutili per far conoscere la persona del creditore ».

Soggiunge ancora una cosa molto importante: » L'iscrizione non è istituita che per dare ai privilegj ed alle ipoteche una pubblicità propria a garantire i terzi interessati da qualunque specie di frode. L'oggetto, quindi, della iscrizione viene adempiuto quando, nel modo col quale è essa concepita, rende noto al pubblico il credito privilegiato o ipotecario che intende conservare ».

Debbo inoltre osservare che andavasi incontro ad un eccessivo rigore, quando le omissioni venivano considerate come altrettante nullità *sostanziali o assolute*. La più parte di esse nullità non doveano essere, pro-

priamente parlando, che nullità *relative*, il di cui effetto è ben differente. L'impropriertà dell' espressioni conduce spesso alla confusione delle cose. Infatti un debitore non potrebbe attaccare di nullità un' iscrizione sul solo motivo che gl' indizj ch'essa procurerebbe sarebbero imperfetti. Egli conosce la situazione del fondo da lui ipotecato, la natura ed il valore del credito; e non vi sarebbe che l'acquirente o il creditore posteriore, che potrebbero sentire del danno da questa mancanza d'indizj; in modo tale che la nullità, se ve ne fosse una, sarebbe unicamente *relativa* per questi ultimi, che soli potrebbero opporla. Sonovi ancora altri casi ne' quali la nullità sarebbe *relativa* ad un acquirente, che potrebbe opporla come avendovi un interesse, e in cui ella sarebbe estranea ai creditori non ammissibili a potersene prevalere per non avervi interesse. Credo cosa utile far conoscere alcune esimie riflessioni fatte a questo soggetto dal sig. Chabroud, avvocato alla Corte di cassazione, e particolarmente sulla mancanza di menzione della esigibilità, della quale parlerò da qui a poco. Egli spiega assai bene la vera natura della iscrizione ed il suo oggetto; quello che in una iscrizione è *sostanziale*, quello ch'è *accidentale*; ciò ch'è *assoluto*, e ciò che è *relativo*. Queste riflessioni si contengono nella discussione di un decreto della Corte di cassazione del 4 frimaio an. 14, riportato nella raccolta di Denevers, an. 1806, pag. 154. I mezzi ch'egli faceva valere furono rigettati, ma al presente si trovano analoghi ai principj adottati (1).

(1) Questo avvocato con quanta precisione ed altrettanta di giustizia dicea:

» Deesi distinguere nella forma della iscrizione quello ch' è *sostanziale* da quello ch'è *accidentale*; ciò che è *assoluto* da ciò ch'è *relativo*.

» Il sostanziale ed assoluto, in materia d'iscrizione, è la iscrizione medesima; è l'enunciazione del titolo, senza il quale non esiste ipoteca; è quella della data del titolo che fissa il grado dell' ipoteca; è la menzione dell'ammontare del credito che dà consistenza alla iscrizione; è finalmente la indicazione dei beni colla quale si attribuisce all'ipoteca la sua applicazione.

In tutti questi punti vi è l'interesse, e del debitore, e di tutti i terzi che tratteranno con lui, e del fondo medesimo della cosa; si può quindi dire che, ove tutti questi punti non si osservino, non vi è iscrizione.

» In quanto all'indicazione della scadenza del debito, si rende essa indifferente per l'essenza della iscrizione, poichè la sua causa, la sua consistenza, il suo effetto, son d'altronde determinati. Il debitore non ha interesse che questo credito sia enunciato, poichè lo conosce; vale lo stesso per gli altri creditori, perchè esso non altera i loro diritti. Tutto al più l'acquirente vi ha qualche interesse: ma questo prima di contrattare può informarsene, e dopo aver contrattato può interpellare sia il suo venditore, sia il creditore iscritto.

» Se dunque nullità vi fosse stata, essa non sarebbe stata assoluta, ma relativa nell'interesse dei creditori, e quindi non avrebbe potuto pronunziarsi in favore dei creditori ».

I progressi della giurisprudenza mi conducono a dire che siamo giunti a questo punto, allorchè si tratta di pronunziare sopra le difficoltà di questa natura, che dobbiamo domandare a noi stessi: l'omissione o l'errore pel quale s'impugna l'iscrizione, ha ella nociuto a qualcheduno? ha ella privato delle cognizioni necessarie, relativamente all'interesse de' terzi? in una parola, lo scopo della legge è egli stato o nò adempito? Se non lo è stato letteralmente, lo è stato almeno *virtualmente*, e, servendomi dell'espressione degli antichi giureconsulti, direi ancora, *potenzialmente*, *potentialiter?* E, annullando troppo leggermente una iscrizione, non deesi temere di favorire una speculazione vergognosa alla quale, come si è veduto, si abbandonerebbero due persone, di cui l'una avrebbe per scopo di acquistare a prezzo vilissimo, e l'altra di procurarsi un prezzo di vendita qualunque, prendendosi giuoco di una ipoteca che sarebbe già da essa costituita.

Ma quantunque utili possano essere queste idee generali, si vede che non servono che a prepararci meglio ad impossessarci dei dettagli, la cui spiegazione è indispensabile. D'altronde, in questa spiegazione sarò men prolisso, giacchè mi sono esteso abbastanza nel presentar quelle idee generali alle quali ritornerò quando lo crederò necessario.

Della conoscenza da darsi dei fondi ipotecati. Indicazione delle decisioni che vi sono relative.

71. Tratto adesso della cognizione che uno deve procurarsi degli oggetti ipotecati (1). Secondo l'art. 2129 del Codice, l'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale deve dichiarare *specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl' immobili* attualmente appartenente al debitore; e l'art. 2148, §. 5, esige che la iscrizione contenga l'indicazione della *specie* e della *situazione* dei beni su i quali il creditore, che s'inscrive, intende conservare la sua ipoteca o il suo privilegio. Le medesime disposizioni si leggono negli art. 4 e 17 della legge degli 11 brumaio anno 7. Sono le parole *natura*, *situazione*, *specie*, che hanno dato luogo a gravissime difficoltà; ma, dietro il savio temperamento ammesso dopo qualche anno, queste difficoltà cominciano ad appianarsi.

Se si tratta di costituire una ipoteca speciale sopra uno o più immobili

(1) Dopo di essermi spiegato sulle formalità, mi sono avveduto che io non avea seguito gli oggetti nell'ordine indicato dall'art. 2148 del Codice; ma mi sono pure convinto che ciò era indifferente per la discussione.

presi particolarmente, i quali compongono tutta la fortuna del debitore, o scelti fra molti altri di cui egli sarebbe proprietario, allora bisogna raddoppiare di cura e vigilanza per determinare con precisione quello che forma l'oggetto dell'ipoteca. Si deve prendere tutte le precauzioni possibili per fare sparire ogni equivoco. Ci si perverrà indicando la natura dell'immobile, dicendo se è una casa, una fucina, ec., o un fondo rustico, e, in questo ultimo caso, facendo conoscere la specie dell'oggetto, cioè, se è un campo, una vigna, un prato, ec. Si conoscerà anche la situazione mediante la denominazione del territorio, della comune, ed anche del paese da cui il fondo ipotecato dipende. Ma soprattutto s'intende quanto sia importante d'indicare ancora il fondo coi suoi confini, o, almeno, con alcuni di essi, se non si possono aver tutti. Se l'oggetto dato in ipoteca è una casa, sarà prudente d'indicarne, oltre la strada, il n.° comunicativo, allorchè è posta in una città ove le case son numerate; in una parola, bisogna fare in modo, che divenga ragionevolmente impossibile d'ingannarsi su ciò che forma il soggetto dell'ipoteca.

Ma si corre meno rischio, e la conoscenza di ciò che è ipotecato si procura più facilmente, se l'ipoteca è stata costituita in una forma *universale*, che se lo è in una forma *individuale*, che è quella sulla quale mi sono spiegato. Si comprende facilmente che una dichiarazione d'ipoteca, quantunque data sotto una forma in apparenza generale, allorchè è ristretta agl'immobili, di qualunque natura essi siano, i quali sono situati in una comune che viene indicata con precisioue, è molto meno suscettibile di equivoco, di quello che lo sia una ipoteca che gravita su di un fondo isolato il quale bisogna distinguere fra molti altri. Nel primo caso, la indicazione delle dipendenze territoriali nelle quali trovansi i fondi ipotecati, forma l'unica guida sufficiente per determinare ciò ch'è sottoposto all'ipoteca, astrazione fatta da tutto ciò che concerne la *natura*, la *specie*, ed i *confini*.

Frattanto, un decreto della Corte di cassazione, del 23 agosto 1808, inserito nel Bullettino dei decreti di questa Corte, tomo 10, pag. 233, ha annullate due ipoteche speciali, di cui l'una cadeva sopra i *beni* che il debitore *possedeva nel circondario dell'uffizio dell'ipoteche stabilito a Muret*, e di cui l'altra era costituita *sopra tutti i beni situati nelle comuni di Pinsaguet e di Roques, circondario dell'uffizio delle ipoteche stabilito a Muret*. Il tribunale di Muret, e la Corte di appello di Tolosa, aveano dichiarato che le ipoteche così stipulate erano valide, atteso che i contratti riguardavano de'beni che il debitore possedeva in una determinata comune, e che per ciò la situazione dei fondi ipotecati era bastantemente indi-

cata, e che se non se ne fosse enunciata la natura dichiarando che consistevano in una casa, giardini e campi, tale indicazione era inutile, trattandosi di immobili situati in campagna, in una istessa comune, e componenti per la loro destinazione un sol corpo di beni. Ma la Corte di cassazione motivò il suo decreto su ciò che le iscrizioni erano assolutamente mute sulla *natura* dei beni pretesi ipotecati; che gli art. 4 e 17 della legge di brumaio esigevano l'indicazione della *natura* e della specie de' fondi ipotecati.

Un altro decreto della stessa Corte, del 20 febbraio 1810, riportato nello stesso Bullettino, tom. 12, pag. 16, e ancora da Sirey, an. 1810, par. 1, pag. 178, e da Denevers, an. 1810, pag. 107, decise nell'istesso modo. Il signor Bertail aveva ipotecato, il 17 germinale an. 7 al sig. Courbon, *tutti i suoi beni presenti, situati nella comune di Saint Genest;* e, in virtù di quest' atto, Courbon aveva preso iscrizione *sopra* UN FONDO DELLA EREDITA', *situato al posto della comune e nei contorni, comune di Saint Genest.* La specialità dell' ipoteca e le iscrizioni vennero impugnate per il preteso difetto d'indicazione della natura e della situazione. Un tal mezzo adottato dal tribunale di Saint Etienne, venne rigettato dalla Corte di appello di Lione, che confermò l'ipoteca e la iscrizione. Se ne produsse appello, e la decisione fu cassata, perchè non eravi indicazione nè della natura, nè della situazione dei fondi costituti in ipoteca. Ma amendue questi decreti, come alcuni altri che mi astengo di riportare, si risentono di quella severità di que'tempi.

In oltre, con decreto ancora del 25 novembre 1813, riportato da Sirey, tom. 14, pag. 44, la Corte di cassazione ha giudicato che la indicazione della comune nella quale sono situati i beni ipotecati, non è indispensabile per la validità dell'ipoteca e della iscrizione, quando altre circostanze fanno bastantemente conoscere i fondi su dei quali gravita l'ipoteca. Per rendermi breve, rimando al detto autore onde conoscere particolarmente la specie.

A misura che si progredisce nella conoscenza delle posteriori decisioni, e le quali hanno formata una nuova giurisprudenza, si trova che i tribunali non hanno più voluta una osservanza superstiziosa e giudaica delle forme: basta che il voto della legge sia adempito, e si rigettino delle critiche che possono essere suggerite dalla cupidigia, ma disapprovate dalla buona fede.

Un decreto della Corte di cassazione, del 15 giugno 1815, ha dichiarata valida una iscrizione presa in virtù di una costituzione d'ipoteca *sul fondo di Beaudoin, composto di due possessioni, e una riserva situate al luogo detto Beaudoin, nel comune di Saint Lorey-de-Harleix, cantone di Jumil-*

hac, *circondario dell' ufficio dell' ipoteche di Noutron*, *dipartimento della Dordogna.* L' obiezione, che consisteva nel non rilevarsi la *natura* dei fondi dai quali componevasi ognuna delle due possessioni e la riserva, fu rigettata. La Corte reale di Riom, con un decreto del 24 febbraio 1816, non accolse una domanda di nullità di una costituzione d'ipoteca ed iscrizione in una causa simile. Ciò non ostante, bisogna che io faccia osservare che la Corte di cassazione, con decreto de'16 agosto 1815, annullò una iscrizione presa in questi termini: « Sopra una possessione, o fondo rustico, portante tal nome, e situato nella tal comune », perchè non vi era una indicazione sufficiente della *natura* e della *specie* degli immobili. Ma, prendendo una particolar conoscenza del decreto, è facile credere che qualche circostanza particolare o locale abbia potuto influire su questa decisione (1).

Conviene osservare che dovendo le iscrizioni essere fatte, secondo l'art. 2146 del Codice civile, all' uffizio della conservazione delle ipoteche nel circondario del quale sono situati i beni sottoposti al privilegio o all'ipoteca, se la costituzione dell'ipoteca gravita su i beni situati in più circondarj, è necessario una iscrizione particolare in ogni uffizio della conservazione delle ipoteche, per gli oggetti situati nella sua dipendenza, colle indicazioni proprie a farli conoscere. Deve ciò praticarsi anche per il caso di una ipoteca data sulla massa di una eredità, o possessione venduta collettivamente, della quale alcune parti fossero situate in circondarj vicini, diversi da quello del luogo principale del fondo ipotecato. Tale è la conseguenza dell'art. 2192.

Della conoscenza da darsi del creditore e del debitore.

72. Passo ora al modo con cui deve procurarsi la conoscenza del creditore e del debitore. Su tal oggetto gli elementi si ricavano dall'art. 2148 del Codice civile.

Il creditore e il debitore non possono generalmente essere noti che mercè i loro nomi, cognomi e domicilio, e la loro professione, qualora ne abbiano una. Quando si stava alla lettera di ciascuna espressione del Codice concernente le formalità della costituzione d'ipoteca e della iscrizione, si potè forse credere che le nullità erano tante quante erano le violazioni letterali della legge; e che ciascuna delle accennate menzioni doveva, a pe-

(1) Si possono vedere i tre ultimi decreti, da me ora citati, nella raccolta di Denevers, an. 1815, pag. 332; an. 1817, pag. 34, al Supp., e 1816, pag. 40.

na di nullità, ritrovarsi nella iscrizione, sia che riguardassero il creditore, sia che avessero di mira il debitore; ma, per quelle istesse ragioni da me esposte nel numero 70, si è adottato anche il medesimo temperamento ammesso per le altre formalità.

Un decreto della Corte di cassazione, del primo di ottobre 1810, ha dichiarata valida una iscrizione, quantunque non contenesse la menzione della professione del creditore, che era coltellinaio in Besanzone. La Corte non si fermò all'obbiezione desunta dalle nullità *sostanziali* ed *assolute*. Il motivo della decisione è importante; essa si fondò sul motivo che » l'indicazione della professione del creditore iscritto, non essendo richiesta dalla legge a pena di nullità, non potrebbe questa pena essere supplita dal giudice, se non nel solo caso in cui potesse questa pena essere considerata come una formalità *sostanziale ed intrinseca* della iscrizione; ma che non può qualificarsi come formalità *intrinseca* o *sostanziale* all'atto d'iscrizione l'indicazione della professione del creditore iscritto, la quale non è che un accessorio del tutto accidentale, soprattutto quando, come nella specie, il debitore non ha potuto errare, nè si è potuto in alcun modo ingannare circa la persona del creditore iscritto ».

Una decisione della Corte reale di Parigi, del 16 febbraio 1809, ed un' altra della Corte di cassazione, del 15 maggio dell'anno istesso, avevano già giudicate le più importanti questioni, ammettendo l'equipollenza delle indicazioni in ordine ai nomi e domicilio del creditore e del debitore. Da queste due decisioni resulta che gli eredi di un creditore hanno potuto, sotto questo nome collettivo e senza le loro indicazioni individuali, prendere un' iscrizione ipotecaria, mentre il creditore defunto è individualmente indicato. Si è in tal modo giudicato contra ciò che era stato deciso con decreto del 7 settembre 1807.

Importa ancora più la conoscenza del debitore, che quella del creditore; e non ostante, la legge (art. 2148) non richiede con tanto rigore ne' *borderò* l'enunciazioni relative ai debitori, quanto quelle che riguardano i creditori. Per tale differenza il signor Favard, *Trattato delle ipoteche*, pag. 212, ci dà una ragione assai giudiziosa: » Il creditore iscritto, egli dice, conosce sempre i proprj nomi, cognome, domicilio e professione: e l'omissione d'indicarli, nel *borderò* della sua iscrizione, non ammette scusa. Laddove egli può ignorare del suo debitore il nome, il domicilio e la professione; se fosse indispensabilmente tenuto di enunciarli ne' *borderò* coi quali egli domanda la iscrizione della sua ipoteca, troverebbesi allora esposto a non poter fare una valida iscrizione, e, quindi, a perdere il suo credito, senza

che gli si potesse rimproverare alcuna colpa, o negligenza. Era quindi giusto che la legge venisse al suo soccorso, e gli dasse i mezzi di supplire alle enunciazioni relative al suo debitore, che non si potrebbero da lui dare, senza portar pregiudizio al sistema della pubblicità, e senza nuocere, nel seguito, all'interesse de' terzi. Ecco ciocchè ha fatto la legge ammettendo, in difetto delle prescritte enunciazioni, una indicazione individuale e speciale del debitore, purchè questa indicazione lo dinoti sì perfettamente che egli possa essere riconosciuto e distinto in qualunque circostanza ».

È dunque con ragione che il signor Merlin, nelle sue conclusioni per la causa tra la marescialla di Beauveau e la signora Testu de Balincourt, diceva che la legge permette di adempire, con *equipollenza*, la condizione imposta al creditore d'indicare i nomi, cognome, domicilio e la professione del debitore. Conviene osservare che, secondo l'art. 2149 del Codice, le iscrizioni da prendersi, su i beni di una persona già trapassata, possono essere prese colla semplice indicazione del defunto. Le indicazioni individuali de'di lui eredi non sono necessarie. Quindi, come mai si potrebbe pretendere il contrario per l'indicazioni individuali degli eredi di un creditore? L'indicazione esatta del debitore basta purchè, bene inteso, le altre formalità prescritte sieno state adempiute, e che si conosca tutto ciò che occorre conoscersi.

Errore sui nomi e cognomi del creditore e del debitore.

73. Un decreto della Corte di cassazione, del 15 febbraio 1810, riportato da Sirey, tom. 10, part. 1.ª, pag. 179, ha conservata una iscrizione, quantunque presa sotto il nome di Pietro Bartolommeo Gallet, come creditore, mentre il vero nome del creditore era Giacomo Francesco Gallet. L'errore era evidente: eranvi due fratelli, dei quali l'uno si chiamava Pietro Bartolommeo, e l'altro Giacomo Francesco, che era il vero creditore. L'intenzione non aveva potuto essere d'iscrivere Pietro Bartolommeo, giacchè il titolo del creditore era in nome di Giacomo Francesco, e che d'altronde Pietro Bartolommeo era morto avanti l'iscrizione. Il decreto è fondato sul motivo che un errore, nei nomi del creditore, non vizia l'iscrizione da lui presa, quando in altro luogo egli viene indicato di una maniera certa; e che, colla decisione impugnata, era stato deciso, in fatto, che il creditore Giacomo Francesco Gallet, iscritto, era stato bastantemente indicato nella iscrizione. Può anche riscontrarsi un decreto della istessa Corte, del 17 novembre 1813, riportato da Denevers, anno 1813,

pag. 283, la quale racchiude una decisione motivata in un modo anche più preciso, ed in termini più energici, relativamente a delle omissioni obbiettate sull'indicazione della professione, e del domicilio reale, tanto rispetto al creditore quanto a quello del debitore.

Un creditore può prendere iscrizione pel suo debitore. Del cessionario di un credito, e del caso in cui il creditore fosse morto.

74. Oltre a ciò ch'è stato esposto di sopra, resulta dalla decisione della Corte reale di Parigi del 16 febbraio 1809, da quella della Corte di cassazione del 15 maggio dello stesso anno, e dalle riflessioni fatte dal signor Merlin all'occasione di quest'ultima decisione:

1.° Che ogni creditore, avendo facoltà d'esercitare i diritti del suo debitore, può a suo vantaggio prender iscrizione per questo debitore, contra coloro de' quali quest' ultimo è creditore. È questo un punto risoluto dalla decisione del 16 febbraio, 1809. Nella specie di questa decisione si vede che la vedova Hocquart avea presa iscrizione sui beni del signor Crussol, tanto nel proprio nome in qualità di moglie in communione di beni, quanto *per la successione ed i rappresentanti Hocquart*, *ed anche come creditrice della detta successione.*

2.° Che una iscrizione può anche essere validamente presa in nome d'un creditore defunto. La morte può accadere tra il giorno nel quale si ordinò la iscrizione, e quello in cui la iscrizione vien presa. Perlocchè un decreto della Corte di cassazione, del 15 ventoso anno 13, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 322, ha pronunziata la validità di una iscrizione presa a nome di uno che avea ceduto il suo credito, e che era anche già trapassato.

Ho indicato il caso nel quale un cessionario iscrive in nome del suo cedente. Ma supponiamo che il cessionario s' iscriva egli medesimo con questa qualità di cessionario; può egli farlo, quantunque la cessione sia stata fatta con iscrittura privata, ma munita di registro? Ho vedute su tal proposito elevarsi delle difficoltà, ma non saprei dire con qual fondamento.

Per prendere una iscrizione, si richiede un titolo autentico ed esecutorio. Ma l' iscrizione presa da un cessionario, la cui cessione fu fatta con iscrittura privata e registrata, non ha per fondamento l' atto di cessione, ma il titolo originale del credito. Ciò che importa si è, che il creditore ed il credito sieno nòti; salvo sempre a discutersi nel giudizio d'ordine,

quando vi sia luogo, l'effetto e la validità della cessione. Ma tale discussione non potrebbe interessare che il solo creditore, e quegli che pretendesse esserne il cessionario.

È ben vero che il signor Tarrible, *Rep. di Giurisp.* alla voce *Sequestro immobiliare*, §. 5, n.° 2, è di parere che la cessione di un credito debba anch' essa esser fatta con atto autentico ed esecutorio, e che debba esser seguita dalla notificazione della medesima cessione al debitore, o dall'accettazione di questa istessa cessione. Ma egli si spiega per il caso in cui il cessionario del credito voglia procedere al sequestro immobiliare contra il debitore. Ciò, neppure in questo caso nou va esente da difficoltà; il che, d'altronde, è inutile qui esaminare. Però, non credo che, per la iscrizione, sia necessaria l'autenticità della cessione: essa non può esser motivata sopra alcuna disposizione legislativa. È altresì vero che l'art. 1690 del Codice civile porta che il sequestro può operarsi contro il cessionario mediante l'accettazione della cessione *fatta dal debitore con atto autentico.* Ma ciò forma un caso ben diverso dal presente. Tale accettazione supplisce al difetto di notaficazione della cessione al debitore. Essa non è necessaria, in quanto al cedente, ma solo relativamente al debitore per prevenire il pagamento che, nell'ignoranza della cessione, potrebbe esser fatto al cedente ed agli altri creditori del cedente, che potrebbero fare il sequestro nelle mani del debitore; ma, eccetto questi casi, la notificazione della cessione, o l'accettazione di essa per parte del debitore, non è punto necessaria. Il cedente non può mai impugnare la sua propria cessione; non evvi dunque parità fra un caso e l'altro. È parimente evidente che sarebbe sovente pericoloso il sospendere la iscrizione, la quale è un atto conservatorio, fino alla notificazione della cessione, o fino all'accettazione di essa.

Del resto, siccome è sempre giovevole di prevenire le difficoltà, devesi agire con prudenza nel procurarsi una cessione fatta con atto notariale.

Delle iscrizioni prese per una casa di commercio stabilita sotto una ragione sociale, e per un pubblico stabilimento.

75. Allorchè trattasi di un credito spettante ad una casa di commercio, stabilita sotto una ragione sociale, non è necessario che la iscrizione contenga i nomi. Una decisione della Corte di Bruselles, del 1. marzo 1810, riportata da Sirey, anno 1810, pag. 180, dichiarò valida un'iscrizione presa senza nome dalla casa di commercio Palmaërt ed Opdemberg,

la quale non aveva altro nome, considerandola moralmente o come ragione sociale. Una tal decisione è così giusta in sè stessa, che basta riportarla senz'aggiungervi alcuna riflessione. Non si potrebbe scorgere alcuna differenza fra il caso presente e quello di una iscrizione presa ad istanza dei capi o amministratori di uno stabilimento pubblico; e, per quest'ultimo caso, si può consultare una decisione della Corte reale di Colmar, de' 25 aprile 1817, riportata nella raccolta di Denevers, anno 1818, pag. 24, *al Suppl.* Questa Corte ha giudicato, e con ragione, che una iscrizione presa in nome di un'amministrazione ecclesiastica dal di lei ricevitore, senza indicazione del nome e cognome di esso, non veniva ad essere nulla; e ch'egli può eleggere domicilio nella propria casa per parte dell'amministrazione. Le medesime decisioni possono servire per qualunque pubblico stabilimento. Osserverò, nondimeno, essere più a proposito che la iscrizione venga presa in nome de' capi dello stabilimento.

Del caso in cui due persone hanno particolarmente un diritto diverso sul medesimo oggetto.

76. Convien riflettere che se due persone hanno sul medesimo fondo un diritto diverso, se l'una per esempio ha l'usufrutto o un godimento temporaneo, e l'altra la proprietà, è necessario che ognuna di esse s'iscriva per conservare quel che particolarmente gli appartiene. La iscrizione, presa soltanto per quel che concerne un solo creditore iscritto, sarebbe senz'effetto a conservare quello che spetta ad un'altra persona sul medesimo fondo. La questione può sorgere in varj modi. Si presenterebbe, per esempio, nel caso di un credito ordinario, o di una rendita fondiaria o costituita, che appertenesse a molte persone; vi vorrebbero allora tante iscrizioni nominative quanti sarebbero i creditori, a menochè, per la natura delle cose, vi fosse per questi creditori, i quali giusta la frase del diritto sarebbero tanti *correi credendi*, una solidità tale che si potesse dire che la iscrizione, presa da uno di essi per la totalità, fosse sufficiente per la conservazione dei diritti di tutti. La questione si presenterebbe anche nel caso ove si trattasse di un credito il di cui usufrutto appartenesse ad una persona, e la proprietà ad un'altra. L'iscrizione, che verrebbe presa dall'usufruttuario, non conserverebbe il suo diritto, se non che sotto il rapporto dell'usufrutto, e non vi sarebbe conservazione del diritto d'ipoteca per la proprietà.

Si potrebbe invocare, in conferma di ciò, un decreto della Corte di

cassazione, del 14 frimaio anno 14. Nella specie di questo decreto, la signora Lemaigre, nata Fillemain, erasi iscritta per una donazione determinata di 1000 franchi di rendita sul capitale di 20,000 franchi. Secondo il di lei contratto di matrimonio, un tale assegnamento apparteneva ai figli che nascessero da questo matrimonio. Si elevò la questione di sapere, se questa iscrizione doveva, o nò, aver l'effettto di conservare a'figli il capitale della rendita, per la conservazione del quale si richiedeva la iscrizione, giusta i principj della legge di brumaio; o se detta iscrizione conservava solamente il godimento dell'usufrutto, durante la vita della signora Lemaigre, nel caso di sua sopravvivenza al marito. Si sosteneva che, secondo l'art. 17 della legge di brumaio, il fondo concesso in usufrutto non poteva conservarsi ai figli, se non che prendendo un'iscrizione in loro nome; e ciò fu così giudicato. Questo decreto è uniforme ai principj; una iscrizione non può conservare se non quello che ne forma l'oggetto. Qualunque altro credito non può esserlo che in virtù d'un'iscrizione che la riguarda direttamente, e che verrebbe presa in nome del creditore, o che, in certi casi, come quelli di cui ho parlato, fosse stata presa per lui, e sempre in suo nome.

Della conoscenza del credito.

77. Passo ora a ciò che riguarda la conoscenza che dar si deve del credito in virtù della iscrizione. Nell'art. 2148 del Codice civile, dicesi che la iscrizione deve contenere la data e la natura del titolo, la somma del capitale dei crediti espressi nel titolo, o valutati da chi fa l'iscrizione quanto alle rendite e prestazioni, o a'diritti eventuali, condizionali o indeterminati, ne'casi in cui tal valutazione è ordinata; come pure la somma degli accessorj di questi capitali, e l'epoca in cui sono esigibili.

Ma un creditore iscritto perderebbe il suo credito pel solo motivo che qualcuna di queste indicazioni fosse omessa o sbagliata nel fare l'iscrizione, senza che però possa in sostanza produrre alcuna conseguenza? Tre decreti della Corte di cassazione, l'uno del 22 aprile 1807, l'altro del 7 settembre dell'istesso anno, che ho già citato in occasione di un'altra questione da esso decisa, amendue riportati da Denevers, anno 1807, pag. 234 e 516, *al Suppl.*; e il terzo del 5 settembre 1808, che trovasi nella stessa raccolta, anno 1808, pag. 475, sono parsi di un'eccessiva severità intorno alla esecuzione della legge su tal riguardo. Il primo dichiarò nulla una iscrizione, perchè non menzionava la data del titolo,

nè l'epoca in cui il credito erasi formato. Ciò non ostante la iscrizione racchiudeva una menzione, dalla quale resultava, almeno implicitamente, che la conoscenza della data e dell'epoca era stata sufficientemente data. Nella specie del secondo decreto una iscrizione venne annullata perchè erasi fatta in virtù d'una sentenza del Castelletto di Parigi, del 13 settembre 1777; nel mentre che sotto questa data non si trova alcuna sentenza emanata a favore degli eredi Guillauden, iscritti, essendo quella che formava veramente il loro titolo del 13 novembre, e non del 13 settembre; d'onde si conchiudeva che nella iscrizione non trovavasi l'enunciazione *della data del titolo* in virtù del quale erasi presa l'iscrizione. Altre nullità furono opposte; ma questa fu accolta come le altre. Col terzo decreto fu annullata parimente un'iscrizione, perchè non conteneva la menzione del capitale del credito e degli accessorj. Non pertanto, in questa specie, il sig Hertzoq, erasi reso mallevadore del sig. Darecourt, aggiudicatario di un taglio di bosco in una foresta nazionale, sotto varj pesi e condizioni, e pel prezzo di 38,400 franchi. L'iscrizione del sig. Hertzoq era la prima per la sua data, ed in questi termini: » Per sicurezza o garanzia della mallevadoria sottoscritta dal detto Hertzoq, a favore del debitore, ed in vantaggio del governo, resultante da un atto rogato innanzi Mignard ed il suo collega, notari a Parigi, il 13 ventoso anno 10, ec. sopra una casa a Soissons ec. ». La Corte di cassazione pronunziò questa decisione dietro l'art. 17 della legge di brumaio, che *prescrive l'espressa menzione del capitale e degli accessorj*. Non è certo però se nelle medesime specie oggi si giudicherebbe nel modo istesso, mentre in quelle decisioni si richiamano i principj delle nullità *sostanziali* e delle nullità *assolute*, sulle quali al presente sonosi formate idee ben diverse. Si potrebbe anche dire con fondamento, che non convien mettere alcuna importanza ad un errore materiale derivante dall'essersi dato ad un titolo la data del 13 settembre in vece di quella del 13 ottobre, o del 13 novembre, o dicembre, soprattutto se l'anno è sempre lo stesso. Se un creditore iscritto non avesse potuto nell'istante della iscrizione avere il titolo costitutivo dell'ipoteca, e si fosse iscritto, colla data di questa ipoteca, in virtù di un titolo posteriore che richiamasse il titolo originario colla sua data, tale iscrizione dovrebbe conservare l'ipoteca.

Un decreto della Corte di cassazione, de'4 aprile 1810, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 159, aveva dichiarata nulla una iscrizione presasi dal cessionario di un credito, sul motivo che erasi presa soltanto in virtù dell'atto di cessione, ancorchè in esso si contenesse la menzione del titolo

originario e della sua data. Ma questo decreto si risente dell' antica severità. Però, l'istessa Corte nel giorno 7 ottobre 1812 giudicò esser sufficiente che un cessionario, nella iscrizione, facesse menzione della sua qualità di cessionario, e della data del titolo primitivo; e nell' 11 agosto 1819 (1), essa giudicò che il cessionario, il quale rinnuova la iscrizione presa dal suo cedente, non è nell' obbligo di enunciare, nella sua iscrizione, l'atto in forza del quale è divenuto cessionario: è stato anche giudicato che una iscrizione è validamente rinnovata dal cessionario, ancorchè l'atto di cessione non fosse che una scrittura privata, e che non fosse stato notificato al debitore.

Il signor Tarrible all'articolo *Iscrizione ipotecaria*, §. 5, n.° 10 del suo Repertorio di giurisprudenza, si spiega in termini che meritano di essere riportati: » L'art. 2148 del Codice civile esige, di più che la legge di brumaio anno 7, la dichiarazione della natura del titolo; e questa dichiarazione servirà a far conoscere la natura del diritto appartenente al creditore iscritto, il che è assai importante; perocchè, quando si saprà che il creditore iscritto si fonda su di un contratto di vendita, o su di una divisione di eredità, si giudicherà che la iscrizione ha per oggetto il privilegio del venditore, pel prezzo dell' immobile venduto, o quello del coerede, per la sicurtà che gli è dovuta; quando si saprà che il credito deriva da un giudizio, si conoscerà che l'ipoteca, che lo accompagna, abbraccia la generalità de'beni presenti e futuri del debitore; in fine, quando si vedrà che il creditore iscritto fonda il suo diritto ipotecario sopra una obbligazione privata, non verificata, o su di un processo verbale di conciliazione, si resterà preventivamente convinto che tal diritto non è che una illusione; e si compieranno, con tutta fiducia, i trattati incominciati col debitore. È questo lo scopo positivo d'utilità che la legge si è prefisso allorchè ha imposto ai creditori la indicazione della data e della natura del titolo. La omissione di amendue queste formalità, o d'una di esse, spargerebbe sulla dichiarazione un'oscurità totalmente contraria allo spirito della legge. La omissione della data del titolo lascia nell'incertezza relativamente all'epoca più o meno antica, cui essa data rimonta. La omissione della natura del titolo rende vaga la causa del credito, e l'idea che se ne può formare. Per tali motivi, noi opiniamo che amendue queste condizioni sono essenziali, e debbono *rigorosamente* essere adempiute per operare la validità dell' iscrizione ».

Ecco degli eccellenti principj, e perfettamente sviluppati da un magistrato

(1) Questi due decreti trovansi nella Raccolta di Denevers, anno 1813, pag. 121, ed anno 1819, pag. 491.

versatissimo in questa materia. Evvi su quanto dicesi dal signor Tarrible una esposizione esatta delle disposizioni della legge e dei suoi motivi; ed è per tal riflesso che ho stimato dover trascrivere la sua opinione. Ma si vede il voto d'una perfezione veramente penosa, per la difficoltà di giungervi, almeno in tutte le circostanze. Se nella pratica, questo rigorismo non si è potuto sopportare; se ne sono resultate numerose decadenze d'ipoteche, vi è stato perciò la necessità di trovar de'mezzi per soccorrere i creditori, in modo però da non nuocere all' interesse de'terzi, e che la legge venisse rispettata. Ora, ecco ciò che si è fatto ricorrendo alle equipollenze. In tal guisa, raddolcendo ciò che ha detto il signor Tarrible, col mezzo delle equipollenze, la sua opinione resta nella sua integrità. Tale fu la strada tenuta dalla Corte di cassazione; la sua saviezza e la sua esperienza l'hanno indotta a portare alcune modificazioni ad una severità di principj, di cui essa pure erasi mostrata gelosa, con una grande purezza d'intenzione, stimando poter fare eseguire la legge con una esattezza tale da non lasciar nulla a desiderarsi.

Però la giurisprudenza dell'equipollenze per le formalità di cui si tratta, come per le altre già dette, è stabilita da una moltitudine di decreti. Io cerco di non aggravare i lettori col riportare una arida nomenclatura di decreti, che debbo attingere dalle medesime raccolte. Su di ciò mi limiterò a rinviare a quelli della Corte di cassazione del 17 agosto, e 17 novembre 1813, alla discussione che preparò il decreto del 3 gennajo 1814, e ad altri decreti del 9 novembre 1815, 11 marzo 1816, e 3 febbrajo 1819 (1). Io osserverò che il decreto del 17 novembre 1813 ha giudicato che la omissione del nome del notaro, che stipulò l'atto costitutivo del credito, non dà luogo alla nullità dell'iscrizione; e che deve essere lo stesso della data alternativa, aggiunta dal conservatore delle ipoteche a quella della iscrizione, dicendo, per esempio, che il credito resulta da un atto del 4 dicembre 1770, o del 1778.

(1) Ved. Denevers, anno 1814, pag. 109 e 617; anno 1813, pag. 283; anno 1815, pag. 592; anno 1816, pag. 320; e anno 1819, pag. 189.

Io mi sarei molto esteso se avessi trascritte letteralmente le specie, i motivi e le disposizioni dei citati decreti: ho creduto dovermene dispensare in un opera di questa natura. Esporre i principj, dare idee proprie per valutare le decisioni relative alle questioni delle quali trattasi, e che sonosi presentate così spesso e sotto tanti varj rapporti, ecco ciò a cui ho creduto dovermi limitare.

Del resto, oltre i fonti da me citati, si possono vedere molti di questi decreti in varie parti della terza edizione delle Questioni di diritto del sig. Merlin, che pubblicossi solo quando la mia opera era terminata, e particolarmente alla parola Iscrizione ipotecaria. Vi si troveran testualmente al §. 11, n.° 2 e 3, i due decreti del 7 ottobre 1812, ed 11 agosto 1819, con tutte le particolarità che li riguardano.

L'iscrizione, che contenesse nell'espressione del credito degli errori nocivi ai terzi, dovrebbe essere annullata.

78. Intanto, se conviene discostarsi da una severità eccessiva, che produrrebbe delle ingiustizie senza oggetto, bisogna egualmente schivare un rilassamento de' principj dal quale potrebbe derivare che la inosservanza delle regole pregiudicherebbe a de'terzi che fossero di buona fede. Quindi se gli errori commessi, nel prendersi una iscrizione, fossero tali che un acquirente o un creditore avessero ignorato ciò che avrebbero dovuto sapere, e che tale ignoranza gli avesse fatti cadere in qualche inganno, non è da dubitare che allora la iscrizione dovrebbe esser annullata. La violazione della legge non può avere un effetto irreparabile in pregiudizio de' terzi, per l'interesse de' quali le formalità sono stabilite. Non sarebbe dunque che nel solo caso in cui l'errore non menerebbe a qualche conseguenza, cioè, in cui non avesse potuto impedire che i terzi avessero la scienza di ciò che era loro interesse di conoscere, che essi potrebbero essere dispensati di fermarvisi.

Non è dunque che contra una osservanza puramente letterale e giudaica della legge, contra una severità senza oggetto che produrrebbe inutilmente una decadenza d'ipoteca la quale forma una proprietà la cui conservazione è stata lo scopo dell'istessa legge, che conviene appigliarsi nel paragonare la giurisprudenza attuale colla presente, relativamente alle forme. È necessario perciò osservare, colla maggiore esattezza possibile, le formalità dalla legge prescritte; far in modo che la iscrizione non lasci a desiderare alcun indizio importante, in quanto al partito che i terzi possono prendere per sicurezza dell' obbligazione che accettano da un debitore. La data del titolo, l'enunciazione del luogo ove è stato depositato, e la natura del credito, possono spesso influire sulla condotta e le misure che i terzi debbono tenere per invigilare alla conservazione de' loro diritti. Si scorge sopra tutto di quanta importanza sia che un creditore posteriore abbia tutti gl' indizj sufficienti per determinarsi intorno alla facoltà ch'egli ha di farsi surrogare a' diritti di un creditore anteriore. Si proverebbe soprattutto della pena a non avere raddoppiato di zelo per il compimento delle formalità, e la menzione delle vere date, se dalla iscrizione si potesse cavare la conseguenza che una ipoteca non dovesse esistere; ciò che avverrebbe, per esempio, se nel caso di una ipoteca generale stabilita sotto la vecchia legislazione, e per la quale si prenderebbe iscrizione, si desse al titolo costitutivo

del credito una data posteriore alla legge di brumaio, o alla promulgazione del Codice civile, in modo da fare credere non esservi veramente ipoteca, o, ciò che vale lo stesso, una ipoteca validamente costituita per non esservi specialità. Si vede essere cosa impossibile il prevedere tutte le circostanze c possono meritare più o meno indulgenza sulle sviste o errori che sonosi commessi nelle iscrizioni; ed allora il partito più sicuro è quello di sforzarsi di evitare le difficoltà per mezzo dell' attenzione e della diligenza. Il che è tanto più necessasio, in quanto che se l'effetto dell'errore fosse tale che, susseguentemente alla iscrizione, l'ammontare del credito sembrasse inferiore a quello ch' è realmente, essa non avrebbe effetto, relativamente a' terzi, se non per la somma che vi sarebbe determinata.

Della menzione della esigibilità.

79. Passo alla menzione, da farsi nella iscrizione, dell'epoca della esigibilità. Questa menzione era stata già prescritta coll'art. 2148, n.° 4 del Codice civile; essa lo è stato più particolarmente ancora dalla legge del 4 settembre 1807. Si sa ciò che fu causa di questa legge. Una tale formalità era stata spesse volte trasandata sino a quell' epoca. Spaventava il gran numero di decadenze d'ipoteche che n' erano già derivate, e quelle che potevano derivarne per l'avvenire. Affine di rimediare ad un tal disordine, si credè espediente di permettere la ratifica delle iscrizioni già prese, con una forma che faceva le veci della stessa menzione all' epoca della esigibilità. Ma lasciossi sussistere, per l'avvenire, la necessità di questa menzione, come tutte le altre formalità prescritte dalla legge; ed il male già fatto continuò per le iscrizioni che erano state annullate in forza di sentenze passate in cosa giudicata. Quest'ultima disposizione della legge derivava dal gran principio, cioè, che le leggi non possono avere effetto retroattivo, e che non si possono annullare de'diritti acquistati in virtù di sentenza de'tribunali, quando non sono suscettibili di appello, o di ricorso in cassazione.

Si vede bene che il male non fu attaccato nella sua radice. Se non si fosse tenuto dietro alle prime idee di severità, dalle quali fortunatamente ci siamo in seguito spregiudicati; se si fosse potuto determinare il genere di nullità che cadeva sulle omissioni, e sugl' irregolari adempimenti delle forme; se, in fine, si fosse stato in una posizione da poter fare la revisione della legislazione ipotecaria in quelle parti sulle quali vi erano delle imperfezioni, si sarebbe prima di tutto esaminato se convenisse far sussistere la necessità della menzione della esigibilità. Anteriormente alle leggi del 4

settembre 1807 si erano fatte molte osservazioni critiche, dirette a stabilire la inutilità della menzione della esigibilità; ma sono maravigliato di non aver veduto opporre l'assoluta indifferenza di tale menzione, quando essa concerne principalmente l'acquirente,e che, secondo l'art. 2184 del Codice civile questo acquirente che fa trascrivere, e che intende purgare le ipoteche, è tenuto a soddisfare i debiti e pesi ipotecarj, fino alla concorrenza del prezzo, *senza distinzione de' debiti esigibili od inesigibili.* L'art. 15 della legge di brumaio conteneva una disposizione contraria: essa voleva che l'acquirente potesse profittare de'termini di cui il debitore poteva godere, ed in questo caso non è da maravigliarsi se questa medesima legge abbia prescritto la menzione della esigibilità.

Però, subito che la legge de' 4 settembre 1807 esige imperativamente questa menzione, si vede che conviene uniformarvisi. Nulladimeno, la dottrina delle nullità *sostanziali* o *assolute*, non avendo potuto sostenersi, i casi in cui la iscrizione potrebbe essere nulla, o nò, sono lasciati alla saviezza de' tribunali. Perlochè un decreto della Corte di cassazione, del 3 gennaio 1814, riportato nella raccolta di Denevers, anno 1814, pag. 109, giudicò valida una iscrizione, quantunque vi si fosse erroneamente detto, che un credito era esigibile dopo due anni, mentre in realtà non lo era che dopo cinque. L'errore non induceva una conseguenza, in quanto all'interesse del creditore posteriore in ipoteca, per circostanze enunciate nella discussione del decreto. Questo decreto si fondò sul motivo che l'errore commesso nell'enunciazione dell'epoca della esigibilità, *non aveva potuto nuocere* al creditore che domandava la nullità della iscrizione, e che lo stesso creditore non aveva neppure allegato *che un tal errore eragli stato di qualche pregiudizio.* La discussione che precedè il decreto, ne cita degli altri, e fa conoscere i progressi della giurisprudenza relativamente all' abbandono d'un primo rigore, onde pervenire a delle idee più miti e più sane.

Del caso in cui la natura del titolo dà sufficienti idee per la esigibilità.

80. S'intende bene che se la natura del titolo, in virtù del quale si prende la iscrizione, è tale che produca idee sufficienti intorno alla esigibilità,non vi sarebbe allora motivo di lagnarsi per non essersene fatta menzione. Questo è quello che deve osservarsi quando, per esempio, la iscrizione si prende in virtù d'un contratto di rendita costituita. Il solo titolo fa conoscere che il credito non è esigibile, o non lo diverrebbe che accidentalmente in un tempo indeterminato, ove si verificassero nel seguito i

casi di cui parla l'art. 1912 del Codice civile. Tal'è stata ancora la decisione di S. Ec. il gran giudice ministro della giustizia, in una istruzione del 21 di giugno 1808; e lo stesso si direbbe nel caso di una iscrizione presa per una rendita vitalizia senz'altra aggiunzione.

Del caso di un credito dovuto in forza di un giudizio.

81. Ma, in tutti gli altri casi, la menzione dell'epoca dell'esigibilità dee contenersi nella iscrizione, qualunque sia la natura del titolo; essa deve esserlo, quantunque l'iscrizione sia presa in virtù di una sentenza. La ragione è che la sola enunciazione che il credito è dovuto in virtù di una sentenza, non porta il fatto di essere dovuto immantinente, potendo la sentenza pronunciare la condanna d'un pagamento a termine. Su tal proposito può riscontrarsi l'istruzione ministeriale da me ora citata, come pure una decisione emanata dalla Corte di appello di Liegi, il 24 agosto 1809, riportata da Denevers, pag. 100, *al Supp.*

Il sistema dell'equipollenze, per questa parte delle formalità, si è sostenuto in giurisprudenza, come per le altre. Mi dispenserò d'entrare in un dettaglio, egualmente lungo che fastidioso, relativamente alle specie nelle quali furono emanate le decisioni che hanno per oggetto una tal materia. Mi contenterò d'indicarle, come ho fatto in simili casi. Rinvio pertanto a'decreti emanati dalla Corte di cassazione, o da varie Corti reali, ne'23 dicembre 1810, 2, e 9 aprile, e 9 luglio 1811, 30 maggio e 23 luglio 1812, e 3 gennaio 1814 (1).

Del caso in cui l'iscrizione annunzia solamente che il credito è esigibile.

82. Non debbo tralasciare di far osservare che alcune di queste decisioni hanno giudicato, contra quel che erasi per lo innanzi deciso da altre, che la iscrizione, cioè, è valida quando enuncia che il credito è esigibile, quantunque non dinoti l'epoca della esigibilità, purchè però il credito sia realmente esigibile al tempo della iscrizione. Non sa concepirsi come mai su tal proposito si sia potuto elevare qualche difficoltà. Dicendo che un cre-

(1) Queste decisioni si ritrovano nella raccolta di Denevers, anno 1811, pag. 47, al sup.; e pag. 193, 206, e 328; anno 1812, pag. 604; ed anno 1813, pag. 75, al sup. Si possono parimente verificare nella raccolta di Sirey, la quale è fatta con molta diligenza, e che racchiude spesso delle utili osservazioni.

dito è esigibile, è lo stesso che dire non esservi termine. *In omnibus obligationibus in quibus dies non apponitur, praesenti die debetur:* così sta scritto nella legge 14 ff. *de reg: jur.*

Ma io sono alieno dall'inclinare per una indulgenza che tendesse a far trascurare la osservanza delle regole. Non si saprebbe troppo raccomandare l'osservanza letterale della legge; e se non vi si può adempire *letteralmente*, per qualche circostanza sopravvenuta al momento in cui è necessario di prendere l'iscrizione, bisogna almeno adempirla *virtualmente*, facendo sì che i terzi sappiano ciò che debbono sapere; e quanto io dico, rapporto alla menzione della esigibilità, è egualmente applicabile a tutte le altre formalità, come già l'ho fatto conoscere.

Della pubblicità delle ipoteche diverse dall'ipoteca speciale. Dell'ipoteca giudiciale.

83. Quanto finora ho detto, tanto sulle forme della specialità, quanto su quelle dell'iscrizione, ha principalmente per oggetto l'ipoteca speciale. Ma non è già la sola che deve rendersi pubblica, poichè lo debbono essere del pari tutte le altre ipoteche: che se talune ne possono andare esenti dal momento che hanno origine, conservando il loro grado dal giorno della loro esistenza, ciò non ostante esse sono accidentalmente soggette alla pubblicità; in guisa che vi è stata la necessità di stabilire delle regole particolari per la iscrizione di queste ipoteche.

Primieramente, per ciò che concerne l'ipoteca giudiciale, che di sua natura è generale, essa deve rendersi pubblica egualmente che l'ipoteca speciale. È questa una conseguenza non solo delle combinazioni degli art. 2134 e 2135, ma altresì dell'art. 2148 del Codice civile, col quale si ordina che debba presentarsi l'originale, o una copia autentica della sentenza, o dell'atto ec.

Tutto ciò dunque, che viene prescritto da questo articolo 2148, è comune tanto all'ipoteca giudiciale quanto alla speciale, salvo una sola differenza che trovasi nel n.° 5 di questo articolo. Questa differenza, che esiste parimente per le ipoteche legali, per essere di loro natura anche generali, consiste nel non esservi la necessità della indicazione della *specie*, e della *situazione* de' beni su'quali s'intende conservare il privilegio o l'ipoteca. Per queste ipoteche, in mancanza di convenzione, *una sola iscrizione colpisce tutti gl'immobili compresi nel circondario dell'ufficio delle ipoteche.* Il motivo della eccezione è evidente, perciocchè ripugna alla natura

dell'ipoteca generale di essere sottomessa a quella particolare indicazione che prescrivesi per l'ipoteca speciale. Sarà facile il concepire il senso in cui la legge dice, *in mancanza di convenzione*; con questo ha voluto dire, che se l'ipoteca giudiciale, la quale in principio era generale, fosse stata in seguito modificata da una convenzione che l'avesse determinata sopra particolari immobili, essa allora non prenderebbe il carattere d'ipoteca speciale rispetto a quest'immobile; e, in quanto alla iscrizione, rientrerebbe nelle regole ordinate per le ipoteche speciali. Nel capitolo concernente l'ipoteca giudiciale mi spiegherò con più particolarità relativamente al modo di gravare di questa ipoteca tutti i beni presenti e futuri del debitore, per mezzo di una sola iscrizione.

Dell'iscrizione dell'ipoteche legali. Spiegazione dell'art. 2153.

84. Per ciò che riguarda le ipoteche legali, indipendentemente dalla eccezione di cui ho parlato relativamente al modo di indicare i beni che voglionsi gravare d'ipoteca, e che è comune all'ipoteca giudiciale, vi sono altre regole importanti che si attingono dall'art. 2153 del Codice civile. È necessario riportarlo testualmente.

» I diritti d'ipoteca meramente legale dello stato, dei comuni, e dei pubblici stabilimenti sopra i beni de'contabili; quelli de' minori o interdetti su i beni dei tutori; e quelli delle mogli su i beni de'mariti, saranno iscritti sulla presentazione di due borderò contenenti solamente:

» 1.° I nomi, cognome, professione e domicilio reale del creditore, e il domicilio che da lui o per lui verrà eletto nel circondario;

» 2.° I nomi, cognome, professione, domicilio o precisa indicazione del debitore;

» 3.° La natura dei diritti da conservarsi, e la somma del valore quanto agli oggetti determinati, senza l'obbligo di fissarlo per quei diritti che sono condizionali, eventuali o indeterminati ».

Per ben comprendere questo art. 2153, ch'è di molta importanza, e per formarsi delle idee precise sulla differenza della sua redazione comparativamente a quella dell'art. 2148, non posso esentarmi dal fare preliminarmente alcune generali osservazioni intorno alle ipoteche legali, sulle quali dovrò in seguito spiegarmi.

Vi sono delle ipoteche legali in favore delle donne maritate sui beni dei loro mariti; de'minori ed interdetti sui beni de'loro tutori, ed a favore dello stato, delle comuni e dei pubblici stabilimenti sui beni de'rice-

vitori e amministratori contabili. Per queste ultime, esse non divengono efficaci che dal giorno della iscrizione. Ciò era una conseguenza della combinazione di alcuni articoli del Codice civile, che si veggono espressamente nella legge de' 5 settembre 1807, la quale ha per oggetto i diritti del tesoro pubblico sui beni dei contabili, *art.* 6. È dunque necessario che sieno iscritte per prendere il loro grado, ed onde abbiano la prerogativa della generalità.

Ma le ipoteche delle donne maritate sui beni de'loro mariti, almeno per i loro diritti dotali, e per le convenzioni matrimoniali; e quelle dei minori, e degl' interdetti sui beni de'loro tutori, sono assai più favorite. Esse esistono realmente dal momento che nascono, senza il soccorso della iscrizione, e sono in conseguenza preferite a tutte quelle che nascono dopo di esse. Ciò non ostante, malgrado un tal favore, diviene indispensabile, presto o tardi, che sieno conosciute col mezzo della iscrizione. Primieramente la moglie, i di lei parenti, il procuratore del re, o di uffizio, o quando le alienazioni de'beni del marito gli sono state notificate al momento in cui si vuole purgare le ipoteche, possono in qualunque tempo prendere iscrizione per la moglie; e la iscrizione è finalmente necessaria in seguito della stessa notificazione, quando la moglie vuole concorrere al giudizio d'ordine. Possono parimente esser prese delle iscrizioni, nell' interesse de' minori, da molte persone che ne vengono dalla legge incaricate, e l'iscrizione diviene in fine necessaria pel giudizio d'ordine, quando gli acquirenti adempiono alle formalità prescritte onde pervenire alla purgazione delle ipoteche. (Art. 2136, 2137, 2138, 2139, 2193, 2194, 2195 del Codice civile.)

Dopo queste prime spiegazioni, passo a fare brevemente un'analisi dell'art. 2153: vi si parla, avanti ogni cosa, de'diritti d'ipoteca *puramente legale*. Qual'è il motivo di queste espressioni? È certamente quello che un' ipoteca la quale nel principio sarebbe stata per sua natura legale, e perciò generale, ha potuto in seguito essere limitata su certi immobili particolari. Se ne trovano degli esempj, per ciò che concerne le ipoteche delle mogli e de' minori, negli art. 2140, 2141, 2142, 2143, 2144 e 2145 del Codice civile; e, facendosi in tal modo questa riduzione, l'ipoteca riceve l'applicazione de'principj che riguardano l'ipoteca speciale; ed è allora il caso d'indicare gl'immobili specialmente gravati, conformemente al n.° 5 dell'art. 2148. Tal'è ancora il resultato dall'art. 2142.

Questo art. 2153 non prescrive poi di dover presentare per la iscrizione, come il richiede l'art. 2148, l'originale in brevetto, o la copia autentica dell'atto, o della sentenza da cui nasce l'ipoteca, o il privilegio. Esso non

esige che la sola presentazione di due *borderò* contenenti solamente i nomi, cognome ec., la natura dei diritti da conservarsi, e la somma del loro valore, quanto agli oggetti determinati, senza l'obbligo di fissarla in quanto a quelli che sono condizionali, eventuali, o indeterminati.

La presentazione dell'originale in brevetto, o della copia autentica del titolo, non poteva esser prescritta, essendo nella natura delle ipoteche legali di avere la loro esistenza in forza della sola legge sulla totalità de'beni, e di non essere suscettibili di una costituzione che sia speciale; in modo che la conoscenza si dovrebbe limitare alla sola natura de'diritti da conservarsi e del loro ammontare.

Gli art. 2132 e 2148 n.° 4 del Codice civile vogliono, per l'ipoteca convenzionale e giudiciale, la descrizione nella iscrizione dell'ammontare delle rendite e prestazioni, e de'diritti eventuali, condizionali, ed inderminati. Ma l'art. 2153 ne dispensa l'iscrizione delle ipoteche legali, come pure la menzione della esigibilità. Con la più lieve riflessione sulla natura di tutte le ipoteche legali rammentate nell'art. 2153, si resta convinti della difficoltà che vi sarebbe nel valutare i diritti eventuali o condizionali che ne sono spesso l'oggetto, e della impossibilità in cui sarebbesi di fissar loro un'epoca di esigibilità. Molte persone, come si è veduto, vengono dalla legge incaricate a prendere iscrizione per la moglie, per il minore, o per il tutore surrogato, astrazion fatta dalla volontà di costoro. È per questo motivo che dovendo indicare il domicilio del creditore, in tutti i casi, nel n.° 2 dell'art. 2153, dicesi *e il domicilio che verrà da lui* o per lui *eletto nel circondario.* Ora tutte queste persone potrebbero non conoscere tutti i fatti i di cui resultati per i casi ordinarj debbono enunciarsi nella iscrizione, come l'origine, il valore, la natura dei crediti e l'epoca della loro esigibilità. Sonovi parimente de'casi in cui non esiste, propriamente parlando, un diritto di esigibilità. Spesso si iscrive per cautelarsi dalle delapidazioni o dalle prevaricazioni possibili, e incerte. Fu quindi, per ragioni a un dipresso simili, che le iscrizioni per queste sorte d'ipoteche furono sottoposte, dall'art. 21 della legge degli 11 brumaio anno 7, a minori formalità che le iscrizioni per i crediti ordinarj. Queste formalità furono coordinate coi principj di questa legge, differenti, in questa parte, da quelli del Codice civile.

Infine, indipendentemente dai casi di cui ho parlato, ne'quali la iscrizione delle ipoteche legali deve aver luogo, può presentarsene degli altri, in cui la iscrizione sarebbe indispensabile; come potrebbe accadere, per esempio, se una donna maritata fosse morta, o se avesse fatto divorzio, avanti

la pubblicazione del Codice civile, senza aver preso iscrizione per la sua dote e suoi lucri dotali; o se un minore fosse divenuto maggiore avanti la stessa epoca, senza essersi iscritto sui beni del tutore. Gli eredi dell'una e dell'altro sarebbero obbligati di prendere iscrizione per loro ipoteca, che avrebbe perso la prerogativa della legalità. Sarebbe quindi dal giorno di questa iscrizione che la loro ipoteca prenderebbe il grado, in modo che essi sarebbero posposti dai creditori che avrebbero preso iscrizione avanti loro; ed in tal caso la iscrizione dovrebbe contenere la menzione dell'epoca della esigibilità, come le iscrizioni per i crediti ordinarj. Così fu giudicato con decreto della Corte di cassazione de'5 dicembre 1814, che ho digià avuto occasione di citare. *Ved.* Denevers, an. 1815, pag. 152. Ma io non porterò più lontano le mie osservazioni su questo punto di vista. Si concepisce che questo è il caso di uno sviluppo dei principj, che devo riserbare per il momento ove tratterò delle ipoteche legali.

Della iscrizione delle ipoteche convenzionali generali, anteriori alla legge di brumaio.

85. Sonovi ancora altre ipoteche per le quali si debbono seguire delle particolari formalità in ciò che concerne l'iscrizione. Parlo delle ipoteche convenzionali anteriori alla legge di brumaio, le quali erano generali per la legislazione di quel tempo, eccettuato nei paesi ove erano in uso gli Statuti di sicurtà. Non si poteva privarle della prerogativa congiunta alla generalità, senza dare alla legge di brumaio un effetto retroattivo, e, questa generalità essendo conservata, le formalità della loro iscrizione non potevano essere le medesime di quelle della iscrizione dell'ipoteca speciale. Quindi esse furono particolarmente prescritte dall'art. 40 della legge di brumaio, nel quale è detto, che il creditore non sarà obbligato di presentare la copia autentica del titolo del suo credito; nel mentre che l'art. 17, per il caso delle nuove ipoteche, voleva che si esibisse l'originale del titolo, o la copia legale del medesimo. Ciò era necessario per queste nuove ipoteche, poichè il titolo dovendo contenere la specialità dell'ipoteca, solo in esso rinvenir potevasi una indicazione esatta ne'fondi gravati d'ipoteca. Nell'art. 40 si soggiugne, che la iscrizione sarà fatta sulla semplice presentazione dei due borderò, contenenti le indicazioni prescritte dagli art. 17 e 21. Infine l'art. 43 racchiude una derogazione all'art. 17. Questa derogazione era una forzata conseguenza della differenza esistente fra l'ipoteca speciale e la generale. Nell'indicato art. 43 è detto,

che le iscrizioni già fatte, e quelle che si faranno nel termine prescritto dall' art. 37 (1) per ogni credito anteriore alla pubblicazione della legge, conservano il loro grado su i beni presenti e futuri del debitore situati nel circondario dell' uffizio della conservazione dell' ipoteche ove saranno state prese le iscrizioni, *senza che il creditore sia obbligato di descrivere la natura* o *la situazione degl'immobili.*

Era ben evidente che tutte queste disposizioni dovevano essere osservate per tutti questi crediti antichi, anche nel caso in cui le iscrizioni per conservarli si fossero prese sotto l'impero del Codice civile. Frattanto si è sostenuto il contrario, quantunque due decisioni prese dal ministro della giustizia e da quello delle finanze, l'una de' 30 marzo, e l'altra de'30 aprile 1809, avessero proclamata la massima che le disposizioni della legge degli 11 brumaio, relativa a questi crediti antichi, non erano state abolite, che non avevano potuto esserlo neppure dal Codice civile. Si è elevata questa pretensione, anche per il caso ove le iscrizioni, a motivo di questi crediti, fossero state prese sotto il Codice civile avanti lo spirare dei dieci anni a contar dalla loro data, perchè, dicesi, la forma di ogni atto deve essere regolata dalla disposizione della legge sotto la quale è stipulato: e relativamente al caso in cui le iscrizioni si fossero prese, decorsi che sieno dieci anni, si è creduto rinforzare questa pretensione, e sostenere ancora in particolar modo la nullità delle iscrizioni, fondandosi su ciò che questo termine, essendo spirato, il creditore era decaduto da ogni vantaggio che la legge degli 11 brumaio gli poteva dare, almeno relativamente alle formalità dell' iscrizione.

Ma questa pretensione, veramente sorpredente, è stata proscritta da parecchi decreti della Corte di cassazione. Questa ha giudicato, come far si doveva, che non bisognava nè esibire il titolo originale o la sua copia autentica, nè additare i fondi sui quali l'iscrivente conservar vuole la sua ipoteca, indicazione che non poteva essere che la conseguenza della specialità; che il Codice civile non aveva derogato, in alcuna maniera, alle disposizioni della legge degli 11 brumaio, in tutto ciò che non poteva, per la

(1) Il termine di tre mesi, accordato dalla legge degli 11 brumaio anno 7, spirava all'11 ventoso seguente. Una legge, del 16 piovoso anno 7, prorogò questo termine di due altri mesi, cioè a dire fino ai 16 germile. Un altra legge, del 17 del medesimo mese di germile diede due altri mesi a contare dal termine accordato dalla legge del 16 piovoso, da decorrere del 16 germile: ciò che prorogò il termine di iscriversi fino al 16 pratile anno 7.; ma si deve a questo termine aggiugnere quello accordato dalla legislazione d'allora, perchè le leggi fossero reputate cognite, e che divenissero esecutorie. Ved. una enunciazione a questo soggetto, contenuta in un decreto della Corte di cassazione, del 26 Aprile 1813, riportata da Denevers, an. 1815, pag. 494.

natura delle cose, essere regolato se non da questa legge. Fu deciso che se la iscrizione di un' ipoteca antica non era rinnovata che dopo lo spirare dei dieci anni, resultava solamente da questo ritardo, secondo la combinazione degli art. 38 e 39 della legge degli 11 brumaio, che l'ipoteca invece di conservare il suo grado, a contare dal titolo primitivo, non aveva effetto che a contare dall'iscrizione. Ma, a datare da questa iscrizione, l'ipoteca ha la sua efficacia ed il suo grado, non solamente su i beni presenti, ma altresì su i beni futuri che perverrebbero in seguito al debitore. Questi decreti sono degli 11 novembre 1812, 10 dicembre 1813, 4 luglio 1815, e 14 aprile 1817 (1); ed, anche molto prima, il signor Merlin aveva fissata questa dottrina, come può vedersi nel *Repert. di giurisp.* alla voce *Registro* (diritto di), §. 4. Si intende che succede il medesimo per l'iscrizione delle antiche ipoteche giudiciali e legali, le quali erano sottoposte a tale formalità dalla legge di brumaio, gli art. 40 e 43 di questa legge, non facendo alcuna distinzione fra queste ipoteche e le antiche ipoteche che, quantunque convenzionali, erano generali. Ma bisogna però osservare che io non intendo ragionare qui che delle sole ipoteche le quali, sebben legali, non erano sottoposte dalla legge di brumaio, come esse lo sono dal Codice civile, alla iscrizione. Perchè, per le ipoteche legali delle donne maritate, dei minori, e degl'interdetti, che la legge di brumaio sottoponeva all'iscrizione, esse hanno ripreso la loro efficacia alla promulgazione del Codice civile, quando non vi fosse stata iscrizione, come lo spiegherò in seguito occupandomi di queste ipoteche.

Il vizio del modo della costituzione dell'ipoteca, non potrebbe esser riparato colla iscrizione, e viceversa. *Il debitore non può mai opporre una irregolarità che provenisse dal fatto suo.*

86. Ma ritornando alle forme costitutive della specialità dell' ipoteca, e a quelle dell' iscrizione, diretta a far conoscere i fondi su i quali ella gravita, bisogna far bene attenzione che se le indicazioni da farsi de'fondi ipotecati si trovassero irregolari nell' atto costitutivo dell' ipoteca, non vi si potrebbe supplire coll' iscrizione; come del pari la irregolarità della iscrizione, sopra queste indicazioni, non potrebbe esser sanata dalla rego-

(1) Vedi Denevers, anno 1813, pag. 151; anno 14, pag. 114; anno 1815, pag. 559, e anno 1817, pag. 376. Riportando il decreto del 1815, l'autore della Raccolta indica qualche altro decreto conforme. Io mi sono contentato di citare quelli che sono rimarchevoli per la giustezza, e per la forza dei loro motivi.

larità che conterrebbe l'atto costitutivo d'ipoteca. Questo è uno dei punti giudicati con decreto della Corte di cassazione, de' 20 febbraio 1810, che ho già citato. Questo decreto è motivato, a tale effetto, su ciò che il sistema generale del regime ipotecario è di far posare l'ipoteca convenzionale su di una doppia base, cioè la *specialità*, e *la pubblicità*, e di fare simultaneamente concorrere l'una e l'altra, in modo che la *specialità* è inefficace, se non è accompagnata dalla *pubblicità*, come *la pubblicità* non ha verun effetto, e deve considerarsi come non avvenuta, se non è appoggiata sulla *specialità*. Io non ho creduto dovere adottare i principj di questo decreto, relativamente alle formalità scrupolose della specialità, che mi son parse essere di una severità che era impossibile sostenere collo spirito della legge: ma egli deve essere seguìto sulla concordanza della specialità coll'iscrizione.

Del resto, si concepisce facilmente che il debitore non può mai prevalersi di ogni qualunque irregolarità, che provenisse dalla sua mancanza.

Il creditore iscrivente non è tenuto a far conoscere l'attuale possessore dell'immobile ipotecato.

87. Da tutto ciò che si disse, la iscrizione ha principalmente due fini: l'uno è di far conoscere l'immobile gravato dall'ipoteca che si vuol conservare, l'altro è di sapere quale sia il debitore che lo ha ipotecato, ed il credito in che consista. Se questo debitore, dopo di aver data l'ipoteca, non n'è più il proprietario del fondo, il creditore inscrivente non è obbligato di far conoscere l'attuale possessore. Non si puole imporre a questo creditore una obbligazione che la legge non prescrive. I terzi, i quali contrattano, in seguito, con i possessori del fondo ipotecato da colui che n'era il proprietario, debbono prendere delle informazioni sopra coloro che possono aver precedentemente posseduto il fondo, e mettersi in stato di sapere se sopra loro si sono o nò prese delle iscrizioni. Ciò è quel che dice il signor Merlin nel *Repert. di giurispr.* alla parola *Ipoteca*, sez. 2, art. 16, n.° 2, appoggiato su validissime autorità. E, dopo, la Corte reale di Caen ha così, e con ragione, giudicato, in un decreto del 6 maggio 1812, riportato da Denevers, an. 1812, pag. 106, *al sup.* È anche questo uno dei punti formalmente decisi con un decreto della Corte di cassazione, del 27 maggio 1816, riferito parimente da Denevers, an. 1816, pag. 520. Si vede in questo decreto essersi deciso che, se la iscrizione fosse presa unicamente sopra l'attual possessore del fondo ipotecato, la iscrizione sarebbe senza effetto. Essa

deve necessariamente prendersi sul debitore che ha data l'ipoteca: dove resulta che la menzione, nella iscrizione, dell'attuale possessore è inutile.

Dell'effetto delle iscrizioni prese il medesimo giorno.

88. Se dei creditori di un medesimo debitore avessero prese le loro iscrizioni il medesimo giorno, quando anche il conservatore avesse indicato che le une erano state di mattina, e le altre di sera, tutti questi creditori iscritti concorrebbero insieme per le loro ipoteche con un'istessa data. Tale è la disposizione dell'art. 2147 del Codice civile. Questa disposizione è infinitamente savia, ed è con ragione che ha derogato gli antichi principj dietro i quali la data dell'ipoteca potea dipendere anche dall'ora stessa. Attualmente l'ipoteca, prendendo il grado dall'iscrizione, una preferenza, secondo l'ora di questa iscrizione, non sarebbe stata senza gravi disordini; vi sarebbe stato luogo di temere o delle sviste o delle frodi.

Ma questo art. 2147 non può applicarsi rigorosamente se non in caso di concorso di iscrizioni per ipoteche della stessa natura. Si conosce che i privilegj e certe date ipoteche hanno il loro effetto indipendentemente dall'iscrizione, o dalla data della iscrizione. Bisogna distinguere dunque, a questo riguardo, i privilegj dalle ipoteche.

Per il privilegio, sarebbe sempre preferito all'ipoteca per la quale si fosse presa iscrizione il medesimo giorno nel quale fu iscritto il privilegio. Ciò è assai chiaro allorchè il privilegio, soggetto alla iscrizione, fosse stato iscritto prima dello spirare del termine in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere fatta. Ma sarebbe lo stesso quando il privilegio, soggetto a un'iscrizione, in un dato termine, non fosse stato iscritto che dopo lo spirare di questo termine, ma il medesimo giorno che un'ipoteca ordinaria. La ragione ne è che l'art. 2147 non suppone se non che l'esercizio in concorrenza *d'un' ipoteca* dell'istessa data. D'altronde, dalla natura del privilegio se ne desume un'altra ragione. Egli deve aver sempre la preferenza sopra una semplice ipoteca, quando è questione delle sole date, e quando non vi sia un'anteriorità legalmente fissata in vantaggio dell'ipoteca, sopra il privilegio che per mancanza d'iscrizione nel termine prescritto dalla legge sarebbe degenerato in ipoteca, secondo l'art. 2113. La causa di questa ipoteca, quantunque sia una degenerazione del privilegio, che aveva avanti, è sempre la medesima di quella del privilegio. Tale è il resultato dell'art. 2094 del Codice civile.

Quanto alle ipoteche legali, è chiaro che non può elevarsi difficoltà relativamente a quelle che sono esenti da iscrizione, che non hanno potuto essere iscritte che soprabbondantemente, o perchè vi sono circostanze in cui debbono essere conosciute unicamente per raccoglierne gli effetti, come quando trattasi di procedere ad un giudizio di graduatoria, o d'impedirne la purgazione. Rapporto alle ipoteche legali che dietro la legge avrebbero dovuto essere iscritte, sia che lo fossero indefinitamente, sia che lo fossero in un termine accordato per l'iscrizione, vi è luogo di credere che un'ipoteca di questa natura dovrebbe ottenere la preferenza sopra una ipoteca ordinaria, malgrado il concorso della data dell'iscrizione. Qualunque ipoteca legale ha sempre avuto nel principio una causa differente da quella delle ipoteche ordinarie, che le fa attribuire il favore della legalità e della generalità dell'ipoteca. Questa causa rientra nella natura del privilegio, che deve far accordare a queste ipoteche una preferenza sopra quelle ordinarie, quando è questione, come poco fa ho detto, di un vantaggio relativo ad un semplice concorso di data.

Non vi può dunque esser luogo alla concorrenza sul prezzo allorchè le iscrizioni hanno una medesima data, come quando queste iscrizioni hanno tutte per oggetto ipoteche speciali, o ch'esse hanno per oggetto delle ipoteche speciali e generali che non godono il favore del privilegio nè quello della legalità, come sarebbero le ipoteche generali antiche, e le ipoteche giudiciali. Resulta dall'art. 2147 che, nel caso del concorso d'una ipoteca generale con un'ipoteca speciale, la distribuzione del prezzo che proverrebbe dal fondo sopra il quale le iscrizioni gravitavano, dovrebbe farsi fra i creditori iscritti in proporzione dell'ammontare dei loro crediti, a meno che il creditore, che avesse l'ipoteca generale non renunziasse alla sua ipoteca sul fondo gravato da due iscrizioni simultanee, per esercitare la sua ipoteca sopra gli altri immobili del debitore.

Nella delegazione non accettata v'è egli costituzione d'ipoteca valida?

89. Si presentan due casi importanti, ne'quali si eleva la questione di sapere se vi è una valida costituzione d'ipoteca, e se in seguito di questa costituzione potrebbe prendersi l'iscrizione.

In primo luogo, la questione si eleverebbe se un particolare si annunziasse come creditore in virtù di una delegazione che gli sarebbe stata fatta, ma che non fosse stata accettata; in secondo luogo, non sempre si è surrogato all'ipoteca di un credito perchè se ne pagasse l'ammontare a colui al

quale apparterrebbe. In questi casi vi sono delle precauzioni da prendersi, di cui è necessario la spiegazione.

Vi è egli costituzione d'ipoteca nella delegazione fatta con un atto autentico da un debitore in favore del suo creditore, ove questa delegazione non fosse accettata? Un decreto della Corte di cassazione, de' 21 febbraio 1810, raccolta da Denevers, anno 1810, pag. 269, ha deciso che un creditore munito di una delegazione fatta in suo favore con atto innanzi notaro, sopra un debitore del delegante, non avea una regolare costituzione d'ipoteca, non essendovi stata accettazione della delegazione, e che questo creditore non aveva potuto con utilità iscriversi; talchè i creditori del delegante, quantunque posteriormente iscritti, dovevano essere preferiti a questo creditore delegatario. I motivi del decreto sono, che una delegazione imperfetta, o una indicazione di persona per ricevere una somma delegata, *non forma titolo di credito a vantaggio di questa persona, mentre non è stata ancora accettata*; che l'iscrizione alle ipoteche non può supplire l'accettazione, giacchè questa deve precederla all'effetto *di formare il titolo necessario perchè sia valida la iscrizione*. Per ben valutare il decreto, bisogna osservare che si trattava, in favore del creditore delegato, di un'ipoteca assai anteriore alla legge di brumaio anno 7, che in conseguenza era generale, e che non era necessaria un'ipoteca speciale. Bisogna anche dire che molto tempo dopo la delegazione che era stata fatta con atto pubblico de' 13 febbraio 1783, vi fu un atto de' 2 dicembre 1791, ma solo con iscrittura privata passato tra il delegante ed il debitore delegato, contenente la proroga di un termine di rimborso; d'onde si deduceva un'accettazione della delegazione; ma questo atto, de' 2 dicembre 1791, non era stato registrato che nel 1808. Fu prima di questo registro, e il 26 pratile anno 7, che il creditore delegato aveva presa una iscrizione, in virtù dell'atto del 1783, sopra i fondi del debitore delagato. Il decreto, sul motivo che scritture private non provavano l'accettazione, rigettò il mezzo che desumevasi dall'atto de' 2 dicembre 1791, per dedurre un'accettazione della delegazione.

Ma non può dissimularsi che questo decreto incontra molte difficoltà. Senza dubbio evvi una differenza tra la delegazione perfetta per l'accettazione del creditore delegato, e la delegazione imperfetta, o indicazione del creditore, non accettata. Ma questa differenza in che consiste? Da una parte, un creditore del delegante potrebbe sequestrare nelle mani del debitore, in danno del creditore delegato; da un'altra parte, il debitore delegato potrebbe pagare al creditore delegante, in danno dell'istesso credi-

tore delegato: questo pagamento incontra bensì maggiori difficoltà, e molti casi vi sono ne' quali esso si rende impossibile, Pothier ne presenta la spiegazione, *Trattato delle obbligaz.* part. 3, cap. 1, n.° 488 e seguenti. Ora, questa accidentale possibilità dell'inesecuzione della delegazione, o indicazione, non impedisce che non vi sia una obbligazione a favore del creditore indicato; e gli altri creditori non hanno verun diritto d'impugnarla: basta che essi la sappiano col mezzo dell'iscrizione. Quindi l'autore della raccolta fà, in seguito del decreto, alcune riflessioni che fanno abbastanza conoscere quanto sia delicata la questione, malgrado questa decisione. Egli dice che la decisione della Corte reale di Caen, contro la quale erasi diretto il ricorso, *presentava evidentemente un mal giudicato*, e che non era sfuggito in cassazione se non per l'assenza d'una legge precisa sul punto giudicato, cioè, perchè niuna legge non determina quali atti possono supplirsi alla accettazione di una delegazione imperfetta, quando questa non fu espressamente ed autenticamente accettata. L'autore della raccolta aggiunge, che bisogna guardarsi bene dal considerare il decreto di rigetto *come tendente a consacrare per principio di diritto* quanto era stato giudicato dalla Corte di appello.

In fine, un decreto della Corte di cassazione, dell'11 agosto 1819, riportato nella raccolta di Denevers, lo stesso anno, pag. 491, da me citato sotto un altro rapporto, avendo giudicato che una iscrizione erasi validamente rinnovata da un cessionario, quantunque l'atto di cessione non sia che una scrittura privata, e che *non sia stata notificata al debitore*, ne deriva che la iscrizione presa in virtù di una delegazione, comunque imperfetta, deve essere anche dichiarata valida. La cessione che non è notificata al debitore, non toglie niente propriamente parlando. Deesi dire lo stesso della delegazione non accettata. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Io ho presentata la questione sotto il rapporto di un'ipoteca antica e generale: ma essa può anche nascere sotto il Codice civile. Allora, è indubitato che la delegazione, perfetta o nò, dovrebbe essere accompagnata da una specialità d'ipoteca tendente alla sicurezza della soddisfazione della somma delegata, senza la quale non vi potrebbe essere questione d'iscrizione. Ma con la stipulazione di questa specialità si deve pensare che vi sarebbe un'obbligazione con un'ipoteca suscettibile d'essere iscritta. L'iscrizione sarebbe presa, come quella del creditore delegante, sopra i beni assegnati in ipoteca speciale, sia per sè stesso, sia pel suo creditore delegato, se la delegazione non portasse che sopra una parte del credito.

Sarà sempre prudente d'accettare o far accettare la delegazione col-

l'istesso atto che la contiene; e se l'accettazione non potè farsi col medesimo atto, essa potrà esserlo o con un nuovo atto autentico passato tra il creditore delegante, il debitore, ed il creditore delegato, o con un atto, pure autentico, fatto dal solo delegato, con cui dichiarerà di accettare la delegazione; quale atto sarà notificato al delegante, ed al debitore delegato. L'iscrizione si prenderà tanto in forza del primo titolo, quanto in virtù di quello che racchiuderà l' accettazione.

Ma il caso di una delegazione, non accettata, può ritrovarsi per un'antica ipoteca convenzionale, anteriore alla legge di brumaio anno 7; può nascere ancora sotto il regime della specialità, perchè non abbiamo sempre la possibilità di accettare la delegazione in un dato tempo, ed alle volte ci troviamo nell'assoluta necessità di iscriverci per la conservazione del credito. Perciò ho creduto che non era inutile trattare di questa materia. Vedi la nota che è in seguito del n.° 388 nel secondo tomo.

Quel che è necessario affinchè vi sia la surroga all' ipoteca, quando si paga il creditore.

90. Passo alla seconda questione, di cui feci parola nel numero precedente. Trattasi di sapere in quali casi vi sia ipotecata in virtù d'una surroga, allorchè acquistasi un credito soddisfacendo colui che lo possedeva. Questa materia non è tanto semplice come si crederebbe; frattanto le difficoltà sono state dileguate dal Codice civile. Conviene distinguere adesso ciò che è il *trasporto* o *cessione*, da quel che è *surroga*.

Il trasporto, o cessione, è un' effettiva vendita che il creditore fa del suo credito ad un terzo. Quest' atto è una vera mutazione di proprietà; si fa nell' interesse del cedente; produce una garanzia; e si regola dietro i principj della vendita, con le modificazioni che la natura della cosa venduta, paragonata cogl'immobili, ha fatto introdurre. Un simile atto trasmette di diritto al cessionario tutti i privilegj e le ipoteche derivanti dal credito. I principj che regolano la cessione sono l' oggetto degli art. 1689 e seguenti del Codice civile.

Relativamente alla surroga, propriamente detta, essa è sottoposta ad altre regole, perchè proviene da una causa differente. In questo caso non si tratta più dell' intenzione di vendere per parte del creditore; ma questa surroga è piuttosto l' opera del debitore, anzichè quella del creditore. Era giusto di lasciare al debitore la facoltà di assegnarsi un altro creditore, quando il suo interesse lo richiede, il che succederebbe se avesse a fare con un acerbo creditore, e disposto a vessarlo. Dumoulin esprime questa

idea colla sua solita energia, nel suo trattato *de Usuris*, quest. 37, ove tratta questa materia. *Et merito est jure introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus autem prodest, quo facilius viam inveniant dimittendi acerbiorem creditorem, vel commodius mutandi.* Si vede bene che il voto del debitore, che volesse sostituire un nuovo creditore al primo, non sarebbe soddisfatto se non potesse procurare al nuovo creditore una surroga, piena ed intera, a tutti i diritti che appartenevano al primo.

Perlochè, se il creditore, che non può essere obbligato a surrogare un terzo ne' suoi diritti, vi consenta, sia che lo faccia unicamente nell'interesse di questo terzo, o che il medesimo abbia parimente in vista l'interesse del debitore, allora la strada da tenersi è indicata nell'art. 1250 del Codice civile. Vi si dice: » Quando il creditore, ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga ne' suoi diritti, azioni, privilegj o ipoteche contra il debitore, questa surroga deve essere espressa e fatta *contemporaneamente al pagamento* ».

Ma quando si tratta della surroga, che il debitore è obbligato di provocare, pel rifiuto fatto dal creditore di ricevere da un terzo l'ammontare del suo credito, e di surrogarlo ne' suoi diritti, vi sono altre regole da seguitare. Queste sono prescritte nella seconda parte del medesimo art. 1250. Vi si dice: » Quando il debitore prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare colui che fa l'imprestito ne' diritti del creditore, conviene, perchè questa surroga sia valida, che l'atto d'imprestito e la quietanza si facciano innanzi notaro; che, nell'atto, si dichiari essersi detta somma presa per fare il pagamento; e che, nella quietanza, si dichiari essere stato fatto il pagamento co' denari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. *Questa surroga si opera senza il concorso della volontà del creditore* ». In amendue i casi, dice l'istesso articolo, la surroga è convenzionale.

Qual'è lo scopo di tali formalità? È affinchè i creditori del debitore non siano vittime delle frodi che potrebbero essere commesse dal debitore in di loro danno. Egli potrebbe pagare il credito co' proprj denari dietro la mira di estinguerlo a suo profitto, e farlo intanto rivivere contra i suoi creditori anteriori, per delle vie simulate, e colludendo co' terzi. Per lo che, tutto quello che, per mezzo della surroga, si farebbe d'ingiusto e di gravoso contra i suoi creditori, sarebbe nullo. Parecchie leggi si trovavano nel Digesto e nel Codice, relativamente a tale surroga, ed alle conseguenze che porta seco. La difficoltà era circa il modo di conciliarle. Ma la cosa venne

ridotta a regole più semplici, e più sagge, con un ordinanza del mese di maggio 1609, e con un regolamento del parlamento di Parigi, del 6 luglio 1690; le disposizioni dell'una e dell'altro hanno servito di tipo all'art. 1250 del Codice civile, il quale ha stabilite delle regole ancora più precise. Queste regole formarono la base di un decreto della Corte di cassazione del 23 giugno 1812, riportato da Denevers, l'istesso anno pag. 614, quantunque, nella specie sulla quale venne pronunciato, si trattasse d'una surroga anteriore alla promulgazione del Codice, giacchè i principj, ben intesi, delle leggi antiche erano i medesimi. Veggasi quello che si dice circa il privilegio di coloro che prestano delle somme destinate per fare qualche acquisto, 2 part., sez. 2, §. 3 del presente Trattato.

Della surroga legale. Del diritto di offrire.

91. Ma ciò non basta; oltre la surroga convenzionale, che forma sola l'oggetto dell'art. 1250 del Codice civile, vi sono parecchi casi nei quali era giusto che colui, che paga il credito, venisse surrogato nei privilegj e nelle ipoteche del creditore, e parimente, malgrado la volontà di questo e quella del debitore. Questa è allora la surroga legale, la quale si opera senza convenzione, nè stipulazione, col solo ministero della legge. Il solo impiego del denaro porta seco la surroga, e tiene luogo di essa. La legge prende il posto del creditore, e fa per lui la cessione, senza garanzia, come l'avrebbe potuto fare egli stesso, salvo però la garanzia di diritto che concerne l'esistenza del credito. I casi in cui questa surroga legale ha luogo, sono espressi ne' quattro numeri dell'art. 1251 del Codice civile. Per brevità, mi contento di rinviare il lettore a questo articolo. Intanto stimo utile farvi due osservazioni.

La prima è relativa al numero 1.° di questo articolo. Vi è detto che la surroga ha luogo di pieno diritto, a beneficio di colui che, essendo egli stesso creditore, paghi ad un altro creditore che gli sia preferibile per cagion de' suoi privilegj o ipoteche. Questo ha avuto luogo in tutti i tempi, ed era noto sotto il nome del *diritto di offrire*, diritto accordato al secondo creditore per impedire che il primo creditore non consumi in spese il pegno comune.

Nondimeno, non essendo prescritto nell'art. 1251 se questo vantaggio appartiene al solo creditore ipotecario esclusivamente al semplice creditore chirografario, può elevarsi un dubbio a questo soggetto; ma è sicuro che la facoltà di ottenere la surroga legale, mediante l'offerta del pagamento del credito, non appartiene che al solo creditore ipotecario. Se ne resterà

convinto rimontando agli antichi principj. In tutti i tempi colui, che non aveva alcun diritto sopra i beni di un terzo, poteva pagare, se voleva, un creditore de' terzi, ma non potea mai costringere il creditore a surrogarlo nei suoi privilegj e ipoteche. Il creditore potea altresì stare in guardia per questa parte circa l'interesse del debitore, *ne cogatur*, secondo l'espressioni di Dumoulin, *incidere in manus avari et intractabilis creditoris*. Quest' antica regola è confermata dall' art. 1256 del Codice civile. In caso del pagamento per parte di un estraneo, senza surroga, eravi un' azione contra il debitore per ottenere quello ch'egli aveva pagato per lui; ma non aveva con questo che il solo diritto di un creditore chirografario, fino a che non avesse personalmente ottenuta un'ipoteca; era anche da esaminarsi se questo estraneo, che avea così pagato, non l'avesse fatto come essendo debitore di colui pel quale pagava il debito, ed affine di liberarsene. Deve esser sempre lo stesso sotto il Codice civile.

Non vi è dunque surroga legale se non in favore del creditore ipotecario, come quello che solo può avervi un vero interesse. Il creditore puramente chirografario non ha niente di più da conservare, respettivamente a'creditori ipotecarj, di quello che non ne ha un estraneo; ed allora non ha maggior diritto di lui. Però Domat, *Leg. civ.* lib. 3, tit. 1, sez. 6, *in proem.*, suppone lo stesso. La legge presume, egli dice, che essendo lui stesso creditore, egli non paga che per *la sicurezza della sua ipoteca*, ed essa lo surroga. Basnage lo dice formalmente, pag. 354, ediz. in 12 del 1702; e Soutlages, *Trattato delle ipoteche*, pag. 185, lo dà come per certo, fondandosi sulla similitudine che egli stabilisce tra il creditore semplicemente chirografario ed un estraneo. Molto tempo prima di tutti questi autori, Neguzanzio, 3 *memb.* 5 *part.* n.° 6, avea professata questa dottrina: *Principaliter limitatur regula quod secundus creditor possit offerre primo, ut habeat locum in creditore hypothecario; non autem procedit in creditore chirographario: quia ille non habet jus offerendi* (*nisi primo creditore volente*), *ad effectum impetrandi cessionem*. Questo scrittore, che cita varj interpreti del diritto romano, si fonda nella similitudine del creditore chirografario all'estraneo, la quale desumesi dalla legge *Nulla*, al Codice *de solut*.

Finalmente, la conseguenza che la surroga legale non appartiene al creditore, semplicemente chirografario, potrebbe desumersi dalla redazione stessa dell' art. 1251, n.° 1. Vi si suppone l'esistenza di una *preferenza* che formerebbe oggetto di questione tra due creditori, l' uno dei quali domandasse la surroga all'altro. Ora, rigorosamente parlando, non può esservi questione di *preferenza* fra un creditore chirografario, che non ha

alcuna contestazione da stabilire in fatti di privilegj ed ipoteche, e colui che ha questi vantaggi, o l'uno di essi; ma, nel dubbio, bisogna sempre interpretare l'articolo con i principj adottati in ogni tempo su tal materia.

Alcuni autori aveano agitata la questione di sapere, se il primo creditore ipotecario non potrebbe avere il diritto di offrire al secondo creditore, parimente ipotecario, l'ammontare del suo credito con surroga. L'affermativa di questa proposizione poteasi anche fondare sulla disposizione di alcune leggi romane, ed in particolare sulla legge *Mulier ff. qui pot. in pign.* È vero però che queste leggi suppongono che il primo creditore ipotecario sia in possesso del fondo sottoposto alle ipoteche; e che, nello spirito d'altre leggi, colui che sarebbe possessore senza titoli, e senza aver la qualità di creditore, il quale sarebbe veramente usurpatore, potrebbe esercitare, contra un vero creditore privilegiato ed ipotecario, l'eccezione *cedendarum actionum.* Ma la disposizione dell'art. 1251 del Codice civile non ammettendo la surroga forzata e legale se non a favore di colui che, essendo lui stesso creditore, paga un altro creditore *che gli è preferibile a ragione de' suoi privilegj ed ipoteche*, ne resulta che questo diritto è limitato al secondo creditore, e che non può estendersi in favore del primo.

La seconda osservazione da farsi è che, se un creditore rifiuta la surroga ad un particolare che, secondo la legge, ha diritto di domandarla, questi può fare ordinare, in giustizia, che pagando sarà surrogato; ed in questo caso l'autorità della giustizia trasfonde il diritto del creditore in colui che lo paga, anche senza il consenso del debitore, purchè colui che paga riporti il giudizio ed il *pagamento* fatto co' proprj denari.

Ma vi è un altro modo di ottenere, in giustizia, la surroga ad un diritto, senza il fatto di colui al quale appartenesse questo diritto, ed anche contro il suo malgrado. Ciò accade quando i debiti attivi di un debitore si vendono giudicialmente; imperocchè la giustizia accorda, a colui che si rende aggiudicatario, lo stesso diritto ch'egli avrebbe se il debitore gli avesse fatta la vendita; e sarebbe surrogato alle ipoteche ed a' privilegj. Domat, *loc. cit.*

Eransi elevate alcune difficoltà sulla questione di sapere se, per essere surrogato alle ipoteche, la surroga dovesse esser fatta nel tempo stesso del pagamento, e con la quietanza. La legge 76 ff. *de solut.*, con cui altre leggi non erano perfettamente d'accordo, così lo prescriveva. Il disposto di una tal legge è stato adottato dall'art. 1250 del Codice civile, sul motivo che il diritto del creditore, cessando col pagamento, egli non potrebbe cedere ciò che più non avrebbe, nè surrogare ad un diritto estinto. D'altronde, la legge, con questa precauzione, volle prevenire le frodi che si potrebbero commettere, se si ammettesse la surroga dopo il pagamento.

È ancora per far cessare le divergenze d'opinioni ch'eransi elevate fra gli autori, ed in varj parlamenti, che venne deciso, coll'art. 1252 del Codice, che la surroga, nel modo in cui è stabilita, ha luogo tanto contra i mallevadori, quanto contra i debitori; e, di più, che non può pregiudicare al creditore quando non è stato pagato che in parte. In tal caso, egli può far valere i suoi diritti per quello che gli resta dovuto, in preferenza di colui dal quale non ha ricevuto che un pagamento parziale. Il creditore, che riscuote, non si presume mai che voglia cedere un diritto contra sè medesimo. *Creditor non videtur cessisse contra se*, dice Dumoulin, *de usur. quaest.* 89, *n.°* 670.

Perlocchè, sia che si tratti di prendere una prima iscrizione, sia che se ne debba rinnovare una già presa dal cedente, conviene iscriversi non solo in virtù del titolo primitivo, ma anche in forza della cessione o della surroga. La iscrizione deve far conoscere l'esistenza regolare della surroga, sia convenzionale, sia legale, salve le modificazioni che resultassero dalle equipollenze ammesse per le formalità dell'iscrizione, intorno le quali mi sono già spiegato.

Esempio del rigore de' principj sulle forme della surroga.

92. Il rigore de' principj intorno a questa materia è stato portato assai oltre con un decreto della Corte di cassazione, del 5 settembre 1813, riportato nella raccolta di Denevers, lo stesso anno, pag. 503. Questo decreto prova quante precauzioni vi sono da prendere a tale riguardo.

A' 27 termidoro anno 3, il signor di Romagnat avea dai coniugi Baray comprata una casa pel valore di 800,000 franchi in assegnati. Egli fece trascrivere, e notificare a'creditori iscritti. Gli eredi Labour erano creditori iscritti. Con un atto privato, del 29 termidoro anno 6, il sig. di Romagnat pagò a questi eredi una somma per frutti; ma, relativamente al capitale, egli promise soddisfarlo a termini; e gli eredi Labour gli promisero di surrogarlo a' loro diritti pel di più del loro credito, secondochè i pagamenti ne sarebbero effettuati. Il 29 pratile anno 9, e il 2 compimentario anno 11, il signor di Romagnat pagò la somma dovuta agli eredi Labour; e questi gli rilasciarono una quietanza con atto privato. Il 30 fiorile anno 13, si aprì un giudizio d'ordine per la distribuzione del prezzo. Il sig. Romagnat trapassò in agosto 1807. Con due atti notariali del 20 ottobre, e del 15 dicembre 1808, gli eredi Labour consentirono alla pura e semplice radiazione dell'iscrizione da essi presa il 28 fiorile anno 7. Sei giorni dopo l'ultimo di questi

atti, la radiazione si effettuò. La signora di Romagnat, rappresentando il marito, concorse nel giudizio d'ordine, e domandò di essere collocata per la somma pagata dal suo marito agli eredi Labour, secondo le due quietanze de' 29 pratile anno 9, e 2 compimentario dell'anno 11. Questa domanda di collocazione venne contestata, e quindi rigettata dal tribunale di prima istanza, dalla Corte di appello, e da quella di cassazione. Questo rigetto si fondò sul motivo che la radiazione dell'iscrizione degli eredi Labour era pura e semplice; che gli atti, in virtù de'quali erasi fatta, non esprimevano cos'alcuna a favore della signora di Romagnat; che questa radiazione, essendo del 21 dicembre 1808, avea estinto il credito; ch'essa non poteva rivivere in virtù delle quietanze degli anni 9 ed 11, perchè, rilasciate sotto firma privata, non avevano potuto acquistare data certa se non dal giorno del loro registro, che fu nel 1810, e che la surroga era *legalmente* posteriore alla radiazione. Si vede bene, infatti, che non si può essere surrogati a ciò che non esiste; che la surroga convenzionale doveasi fare nel tempo medesimo del pagamento *effettivo*. Si è perciò deciso, 1.° che una surroga posteriore ad una radiazione, pura e semplice, era inefficace, in quanto al creditore che si faceva surrogare; e che essa tornava unicamente a favore dei creditori iscritti, i quali erano concorsi onde essere collocati nel giudizio d'ordine; 2.° che quantunque l'atto del 29 termidoro anno 6 avesse una data certa per la morte del sig. di Romagnat, avvenuta nell'agosto del 1807, la surroga non era per questo valida, poichè, per la validità, non basta che vi sia una promessa di pagare il credito, e che il pagamento deve farsi all'istante medesimo della surroga. Le circostanze danno a questa decisione un'apparenza di severità; ma non si può dissimulare ch'essa è conforme a'principj, i quali sono rigorosi in questa parte.

Si vede dunque che un acquirente, che vuol trattare con un creditore iscritto, deve pagare il suo credito, e farsi contemporaneamente surrogare con atto notariale, o che abbia una data certa. Non deve far eseguire immediatamente la radiazione; ma deve solo farsi surrogare alla domanda di collocazione del creditore che egli ha pagato, farsi collocare in forza della surroga, domandare l'autorizzazione di poter ritenere l'ammontare della collocazione sopra il prezzo della vendita, e domandare la radiazione dell'iscrizione, atteso l'estinzione del credito, e che il fondo acquistato è divenuto libero dall'ipoteche.

Del diritto di più creditori surrogati da un creditore.

93. Pothier, *Introduz. al tit.* 20 *dello Stat. d'Orléans*, *num.* 87, e *Tratt. dell' ipot.*, *pag.* 456, ha esaminato quale è, relativamente al modo di collocazione, il diritto di più persone che pagassero in varie epoche diverse porzioni di un credito, e che fossero surrogate a' diritti del creditore, in ragione de' pagamenti. Egli diceva che questi creditori surrogati dovevano venire tra di loro, per concorrenza, nel luogo del creditore surrogante, e prendere la data della sua ipoteca, senza aver alcun riguardo alla priorità o posteriorità delle surroghe. Tali sono ancora le regole che devono tenersi. Io sviluppo i principj a cui esse rimontano, nelle osservazioni generali che sono nel principio del capitolo 4 di questa prima parte. Può riscontrarsi ancora quanto io ne dico nella seconda parte, cap. 1, sez. 3, §. 1, ove tratto de' privilegj su gl' immobili.

Intanto, credo dover qui fare alcune osservazioni dirette a modificare queste regole. Sembrami che si dovrebbe distinguere il caso delle surroghe fatte da un creditore, circa i suoi diritti, nell' interesse del suo debitore o nell' interesse de' terzi che contraggono con questo debitore, dal caso della surroga fatta dal creditore a' suoi diritti nel proprio suo interesse, come, per esempio, se per liberarsi da' proprj creditori egli cedesse il suo credito a' medesimi, e gli surrogasse a tutti i suoi diritti, privilegj ed ipoteche; giacchè allora la surroga, in questo senso, è una vera cessione o trasporto.

Pel primo caso, sia che si tratti di una surroga fatta contemporaneamente da più persone, sia che esistano surroghe fatte da varie persone successivamente e in diverse epoche, il principio della concorrenza tra queste persone dee sempre aver luogo. Si presume che il creditore, il quale surroga, non abbia voluto accordare alcuna preferenza all' una anzichè all'altra di queste persone: egli ha voluto che tutte ricevessero i loro diritti collettivamente, nel medesimo modo ch' egli l' avrebbe fatto solo personalmente. Il diritto di tutti i surrogati ha il medesimo principio, l'istessa causa, e l' istesso favore; *sunt ejusdem tituli.* Questo diritto emana dal titolo a cui si è surrogato, ed è indipendente dall'epoca del pagamento e della surroga. Ma se, in tal caso, non si è ceduto tutto il credito; se una parte di esso resta dovuta al creditore, questo, nel giudizio d'ordine, dovrà aver la preferenza a tutti i surrogati, pel resto di ciò che gli è dovuto. E qui ha luogo l'applicazione dell'art. 1252 del Codice civile. Ciò che dissi si applica per il caso della surroga ad una ipoteca legale, franca d' iscrizione, come per quello della surroga ad un'ipoteca speciale, sottoposta all' iscrizione.

Pel secondo caso che ho indicato, non dovrebbe essere lo stesso. Un creditore che per sua liberazione, o altro, nel proprio interesse cede il suo credito a'suoi creditori surrogandoli, transige con questi in uno spirito differente, che richiama ad altri principj. Sia che si tratti di un privilegio, di un ipoteca legale, o di un diritto ipotecario speciale, quando cede successivamente con surroga a varie persone, si vede bene che, a misura che cede e surroga, egli si priva parzialmente del suo credito, ed ognuno dei cessionarj surrogati prende la porzione del credito che gli è stata ceduta, sino all'esaurimento dei fondi che devono essere distribuiti. Essi vengono tutti collocati sotto una stessa data, che è quella del credito ceduto per porzioni, ma ciascuno prende ciò che gli è stato ceduto. Nel medesimo caso, chi surroga non potrebbe concorrere in un giudizio d'ordine, per essere pagato del resto dovutogli, se non dopo che tutti i suoi surrogati fossero stati soddisfatti dell'importare della surroga, a meno che non vi fosse una convenzione contraria. Tutto ciò rientra ne'principj della garanzia d'una cessione, per parte d'un debitore, onde liberarsi da un debito. Non si può validamente cedere quello che fu già ceduto ad un altro.

Nondimeno conviene osservare che, con quello che ho detto, io suppongo che il credito ceduto parzialmente fosse stato iscritto avanti. Che se nol fosse stato, e se ognuno dei cessionarj s'iscrivesse in seguito separatamente, in virtù della propria cessione, egli verrebbe pagato secondo il grado della sua iscrizione. La iscrizione dà il diritto di escludere ogni creditore non iscritto che non ha grado, e concede un diritto di preferenza contra qualunque creditore iscritto posteriormente.

PARAGRAFO III.

DEGLI EFFETTI DELLE ISCRIZIONI SOTTO IL RAPPORTO DELL'ATTRIBUZIONE DI COMPETENZA. DELLE CONSEGUENZE DELL'ELEZIONE DI DOMICILIO. DEGL'INTERESSI DEL CREDITO. DELLA DURATA DELL'ISCRIZIONE, E DELLA SUA RINNOVAZIONE. DEL TEMPO FINO AL QUALE L'ISCRIZIONE PUÒ ESSER PRESA.

SOMMARIO

94. *Quale è il tribunale competente per pronunciare intorno alle domande di radiazione d'iscrizione?*

95. *Le regole relative alla competenza, per le domande di radiazione d'iscrizione, sono estranee alla domanda di apertura del concorso.*

96. *Delle forme della domanda di radiazione d'iscrizione. Delle conseguenze dell'elezione del domicilio nel circondario dell'uffizio delle ipoteche.*

97. *Dell' effetto della mancanza d' elezione di domicilio nel circondario in cui è presa l' iscrizione.*

98. *In quali casi l' iscrizione è necessaria per i frutti, e per qual numero di anni? Delle spese.*

99. *L' art.* 2151 *del Codice è egli applicabile agli arretrati de' crediti anteriori alla legge di brumaio anno 7?*

100. *Difficoltà elevatasi circa il modo d' intendere le due annate e la corrente.*

101. *Esiste egli la necessità dell' iscrizione relativamente al terzo detentore?*

102. *Dell' iscrizione per i frutti dopo l' aggiudicazione.* Quid *nel caso di trascrizione della vendita volontaria?*

103. *Il venditore è egli sottoposto all' iscrizione per la conservazione de' frutti del prezzo della vendita?* Quid *degli altri privilegj?*

104. *Dell' iscrizione per i frutti delle ipoteche legali.*

105. Quid *de' creditori e legatarj del defunto, respettivamente a' creditori dell' erede?*

106. *Della durata dell' iscrizione, e della sua rinnovazione.*

107. *In qual modo debbonsi computare i dieci anni della durata dell' iscrizione?*

108. *Quale è l' epoca in cui l' iscrizione riceve il suo effetto, in caso di atti di espropriazione contra il debitore?*

109. *Una iscrizione, che fosse stata presa per la prima volta dopo l' aggiudicazione, diverrebbe senza effetto.*

110. *Le difficoltà intorno a' due numeri precedenti sono tali, che fanno desiderare una disposizione legislativa.*

111. *Un particolare può egli conferire l' ipoteca sopra immobili sequestrati, dopo essergli stato denunziato il sequestro?*

112. *Quale è l' epoca in cui la rinnovazione dell' iscrizione diviene inutile, nel caso di una vendita volontaria seguìta dalla trascrizione?*

113. *Notificazione importante circa la risoluzione della questione.*

114. *Della necessità della rinnovazione dell' iscrizione in vigore al momento dell' apertura del fallimento del debitore, o dell' apertura di una successione che diventa beneficiata o vacante.*

115. *L' azione ipotecaria intentata contra un terzo detentore, lo dispensa egli della rinnovazione dell' iscrizione?*

116. *Resultato del parere del Consiglio di stato, del 22 gennaio 1808, intorno alla rinnovazione delle iscrizioni.*

117. *Delle forme della rinnovazione dell' iscrizione.*

Quale è il tribunale competente per pronunziare intorno alle domande di radiazione d' iscrizione?

94. L' art. 2159 del Codice civile sembra non lasciare alcuna difficoltà sulla questione di sapere quale è il giudice competente per pronunciare intorno alle domande di radiazione delle iscrizioni. Nondimeno, questa questione non è tanto semplice come si potrebbe credere. La sua decisione è subordinata a molte circostanze che danno luogo a delle distinzioni delle quali convien impossessarsi con molta cura.

Per formarsi, a tale oggetto, delle idee precise, è necessario soprattutto distinguere tre diversi casi: quello in cui l' azione per la radiazione dell'iscrizione è semplicemente personale; quello in cui essa è reale; e finalmente quello nel quale vi è litependenza, o connessione tra la domanda di radiazione dell' iscrizione con altre contestazioni che debbono esser portate alla conoscenza di un tribunale diverso da quello nel cui circondario fu presa la iscrizione.

Avanti di ragionare sopra questi tre casi, bisogna fissarsi sopra un principio generale. Questo principio è che la iscrizione è l' esercizio di un diritto reale sopra l' immobile gravato dall'ipoteca. Questo diritto colpisce l' immobile medesimo, il quale da quell'istante cessa di essere libero; ed un tal diritto, derivando della natura stessa dell' immobile, richiede che qualunque azione relativa a farlo sparire sia portata alla conoscenza del tribunale nella cui giurisdizione è situato il fondo. Ciò rilevasi dall' unione degli articoli relativi alla radiazione dell' iscrizione, ed anche dalla necessità di eleggere domicilio nel circondario del tribunale della situazione del fondo. Ad onta di ciò, questo principio può esser modificato da delle circostanze a cui la radiazione dell' iscrizione può essere subordinata, come sarebbero quelle di cui ho parlato; ed è per questa ragione che nella discussione fatta, nel Consiglio di Stato, degli articoli 2156 e 2157, si ravvisano delle incertezze circa l' indicazione definitiva del tribunale che sarebbe competente. È questa la causa per cui l'art. 2156 si è contentato di dire, che le azioni, a cui le iscrizioni possono dar luogo contra i creditori, saranno promosse innanzi al *tribunale competente*, con citazione ec., senza indicare quale sia

questo tribunale competente; in modo che, per la determinazione di tal competenza, egli rinvia alla disposizione di altri articoli, ed anche a'principj generali relativi all'esercizio e alla natura delle azioni.

Nell'art. 2159 si dice: » La radiazione, non consentita, deve chiedersi al tribunale nella cui giurisdizione si è fatta la iscrizione, qualora questa iscrizione non sia stata fatta per garanzia di una condanna eventuale o indeterminata, sulla esecuzione o liquidazione della quale il debitore ed il preteso creditore abbiano domandato il giudizio, o debbano essere giudicati in un altro tribunale, al quale, in tal caso, la domanda per la radiazione deve esservi portata o rinviata.

» Ciò non ostante, la convenzione fatta fra 'l creditore ed il debitore, di portare, in caso di contestazione, la domanda al tribunale da essi indicato, riceverà la sua esecuzione fra loro ».

Ma questo articolo non racchiude tutti i casi che possono dar luogo all'esercizio dell'azione per la radiazione avanti un tribunale diverso da quello nel cui circondario si è fatta l'iscrizione. Difatti, quest'azione può nell'istesso tempo essere personale e reale, o, per meglio dire, essa è sempre reale, atteso che ha per oggetto di liberare l'immobile gravato dall'iscrizione; ma ciò che vi è di reale, può essere subordinato ad un'azione puramente personale la quale diviene pregiudiciale; ed in tal caso la competenza deve fissarsi sotto il rapporto della personalità.

Quindi, se avviene che il debitore voglia impugnare il titolo in virtù del quale l'iscrizione venne presa, e ciò per rescissione o nullità, per causa di dolo, frode o errore, per causa di incapacità, come se si trattasse di una obbligazione sottoscritta da una donna maritata, o da un minore, senza le formalità richieste, la domanda ne potrà esser portata avanti al tribunale del domicilio del creditore, giacchè è evidente che in questo caso non si tratta se non di azione personale; ed una una tale azione essendo ammessa, la radiazione dell'iscrizione ne sarà una conseguenza. La Corte di cassazione ha emanato un decreto in questo senso, il 1.° fiorile anno 12. La signora Menager, domiciliata all'Hâvre, avea consentito con suo marito un'obbligazione a favore di persone domiciliate in Parigi, con ipoteca sopra i di lei beni dotali situati all'Hâvre, e sopra de'quali erano state prese delle iscrizioni. Fu deciso che essa non potea citare avanti al tribunale dall'Hâvre i suoi creditori, per sentir pronunziare la nullità della sua obbligazione, e nel medesimo tempo la radiazione delle iscrizioni prese. Ella si fondava sulla sua incapacità di obbligarsi e di ipotecare. Fu perciò detto che questa azione non aveva potuto essere portata se non avanti al tribunale

del domicilio de' creditori, atteso *che ogni domanda per nullità di un atto deve essere diretta al domicilio di colui contro del quale la nullità è domandata.*

Si potrebbe intanto credere, dietro il decreto, che la citazione fatta all' Hâvre sarebbe stata ammessa, se vi si fosse semplicemente domandata *la radiazione dell' iscrizione.* Si vede, infatti, che la signora Menager, affine di determinare con maggiore certezza la competenza del tribunale dell' Hâvre, avea rinunziato alla domanda di nullità, dicendo che questa era di diritto, come essendo già proferita dallo Statnto di Normaudia, e che aveva ristrinte le sue conclusioni per la radiazione delle iscrizioni ipotecarie. La Corte giudicò che queste conclusioni erano state prese *troppo tardi*, mentre la contestazione era già cominciata; e da tale dispositiva si può conchiudere che la domanda sarebbe stata accolta, se da principio si fosse soltanto trattato della radiazione delle iscrizioni. Ma io stimo che sia più prudente, nel caso in questione, di portar la domanda avanti al tribunale del domicilio del creditore. La ragione si è che la domanda, in qualunque modo si presenti, è sempre fondata sulla uullità di un'obbligazione come obbligazione, astrazione fatta da qualunque vizio di forma; che non si può pervenire alla radiazione dell'iscrizione, senza fare pronunciare la nullità dell' obbligazione. E inciò tutto è personale, o, almeno, ciò che appartiene al reale è intieramente subordinato all' azione personale.

Veniamo al caso ove l'azione per la radiazione dell' iscrizione è puramente reale: ciò accade se l' azione è unicamente basata sopra un vizio di forme di cui l'atto preso materialmente, e non come obbligazione, sarebbe infetto; se la specialità dell' ipoteca non fosse stata fatta con le indicazioni e forme proprie a costituirla, e che la legge prescrive; finalmente, se la iscrizione in sè stessa racchiudesse una omissione di formalità che l'annullasse. In questo caso nulla impedirebbe che il tribunale, nella cui giurisdizione è situato l'immobile, non conoscesse la domanda per la radiazione. Se ne scorge facilmente la ragione. L'azione prenderebbe il suo principio dalla *realtà*: si tratterebbe allora di distruggere un'impressione ipotecaria, per motivi inerenti agli atti che producono questa impressione, astrazion fatta dalla validità o invalidità di qualunque obbligazione. L'azione potrebbe dunque divenire un diritto reale.

Sarebbe lo stesso, se la domanda per la radiazione fosse fondata unicamente sopra l'estinzione dell'obbligazione, sia per il pagamento, sia per la compensazione o la prescrizione, o se si trattasse della riduzione dell' ipoteca, per essersi estinta una parte sola del credito. Il pagamento è un

fatto materiale che estingue o riduce l'ipoteca: quindi può scorgersi in esso un diritto reale: non vi è azione personale sulla quale sia necessario preventivamente statuire. È per tutti i casi di sopra espressi, che i termini dell' art. 2159 ricevono la loro applicazione in tutta la loro forza. *La radiazione non consentita è domandata al tribunale nella cui giurisdizione si è fatta la iscrizione.*

Passo al terzo caso indicato dall'articolo 2159, che è quello nel quale il destino della iscrizione dipenderebbe da una decisione che dovesse esser data da un tribunale diverso da quello della situazione dell' immobile: in modo che l' effetto dell'iscrizione sarebbe subordinato a questa decisione. In questo caso, la domanda di radiazione dell' iscrizione dovrebbe essere portata avanti al tribunale che fosse già in possesso delle contestazioni da cui la sorte dell' iscrizione dipendesse. E se queste contestazioni avvenissero dopo che la domanda di radiazione d'iscrizione sarebbe stata portata avanti al tribunale della situazione del fondo, questo tribunale dovrebbe rimettere questa domanda avanti a quello che sarebbesi impossessato delle contestazioni colle quali vi sarebbe connessione.

Si possono aver delle idee sicure intorno all'applicazione dell'art. 2159 in un decreto della Corte di cassazione, de' 6 di maggio 1812. La signora Sineti, a'4 marzo 1811, aveva preso un'iscrizione sopra i beni del suo marito situati nel circondario del tribunale di Moulins; ma questa iscrizione aveva per oggetto la sicurezza di un credito di 200,000 franchi dovutole sopra l'eredità della signora Brancas, sua madre, la quale glie l'aveva costituito in dote, e il cui ricupero era stato trascurato dal sig. Sineti, il quale ne diveniva garante. Erasi formato, avanti al tribunale della Seine, una istanza importante tra la signora Sineti e gli altri aventi diritto alla eredità della madre, relativamente alla liquidazione di questa eredità. Temendo la signora Sineti di non poter trovare nella successione della madre la totalità del suo credito, a motivo di questa contestazione, citò il sig. Sineti avanti al tribunale civile della Seine, all'effetto di esser tenuto ad intervenire nelle istanze e operazioni relative alla liquidazione e divisione dell'eredità materna. Il signor Sineti, per parte sua, fece citare sua moglie avanti al tribunale civile di Moulins, per ottenere la radiazione dell'iscrizione, declinò il tribunale civile della Seine, e sostenne che il tribunale competente, per statuire sulla validita dell' iscrizione presa contro di lui, era quello di Moulins. La Corte di cassazione, procedendo in via di regolamento di giudici, ordinò che le parti procederebbero avanti al tribunale di prima istanza della Seine, non tanto sopra la domanda

della signora Sineti formata contra il suo marito avanti al tribunale civile della Seine, quanto ancora sopra quella formata ulteriormente dal signor Sineti per la radiazione della iscrizione contra la sua moglie avanti al tribunale di Moulins. I motivi del decreto furono: » che l'istanza della signora Sineti è principale e formata avanti al tribunal della Seine, ove erasi portata la liquidazione dell'eredità di Cereste Brancas, contra i di cui beni il signor Sineti, durante il suo matrimonio colla signora Brancas, dovea prendere tutte le precauzioni opportune per assicurare a questa l'intero ricupero della sua dote; che l'iscrizione presa dalla signora Brancas sopra i beni del signor Sineti, in virtù del contratto di matrimonio, è però stata fatta per sicurezza della *condanna eventuale* del signor Sineti nella causa della liquidazione dell'eredità di Cereste Brancas ».

Si può facilmente concepire che l'art. 2159 è suscettible d'una certa estensione nella sua applicazione. Perchè il rinvio ad un altro tribunale, diverso da quello nella cui giurisdizione sono situati i beni, abbia luogo, non sarebbe sempre necessario che l'iscrizione derivasse da una condanna puramente eventuale ed indeterminata. Basterebbe, senza dubbio, che la sorte della iscrizione, qualunque sia lo stato delle cose nell'epoca in cui venne presa, e quantunque allora niente vi fosse di condizionale o eventuale, si trovasse inviluppata nelle contestazioni pendenti avanti ad un altro tribunale competente, che ne dovesse giudicare; talchè la validità o l'annullamento dell'iscrizione dipendesse dalla decisione da proferirsi intorno a dette contestazioni. La domanda per la radiazione dell'iscrizione potrebbe essere formata avanti un tribunale che fosse già in possesso delle contestazioni relative a liquidazioni tra degli eredi o de'socj, e che potrebbe non essere quello nel cui circondario la iscrizione venne presa; o pure, la domanda per la radiazione, portata da prima avanti a questo ultimo tribunale, dovrebbe essere rinviata al tribunale impossessato delle contestazioni di cui parlo, se la iscrizione ne dipendesse interamente. Si vede che questo avverrebbe principalmente se certi eredi, o socj avessero prese delle iscrizioni contra alcuni dei loro coeredi, o consocj, e se dovesse dipendere dalla decisione del tribunale impossessato delle contestazioni relative alla liquidazione dell'eredità, o della società, il sapere se quelli che trovansi gravati dalle iscrizioni sono, o nò, i debitori. La connessione potrebbe egualmente essere opposta ad un terzo acquirente che formasse contro un creditore iscritto la domanda di radiazione d'iscrizione, e questa connessione opererebbe la necessità del rinvio. Così, a modo d'esempio, dovrebbe essere, se il debitore ed il creditore fossero in istanza, per la va-

lidità o invalidità dell'iscrizione, avanti un tribunale diverso da quello della situazione dell'immobile. Il rinvio potrebbe però essere ricusato se fosse unicamente questione di nullità di forme opposte da questo terzo acquirente contra la costituzione della specialità, o contra l'iscrizione in sè stessa.

Ma per questo si concepisce bene che, acciò la sospensione dell'istanza intorno alla domanda per la radiazione dell'iscrizione, o del suo rinvio, potesse aver luogo, bisogna che vi sia una connessione perfetta fra le cause dell'iscrizione e l'oggetto delle contestazioni di cui un altro tribunale si fosse impossessato. Mentre se l'iscrizione fosse fondata in sè stessa, se dovesse avere il suo effetto, qualunque esser potesse la sorte delle discussioni relative alla liquidazione sia di una eredità, sia di una società, l'iscrizione, per ciò che concerne il suo effetto, dovrebbe reggere, o almeno esser giudicata dal tribunale del circondario in cui si sarebbe presa, secondo il principio generale. Sarebbe ivi il caso di applicare un decreto della Corte di cassazione, del 17 dicembre 1807, al quale, per esser breve, basterà rinviare il lettore (1).

Il sig. Persil, *Reg. ipot. sull'art.* 2159, *n.°* 5 e 6, esamina due questioni: la prima, se quando la domanda per radiazione è principale, e non fa parte di alcun'altra contestazione pendente altrove, il giudice del domicilio, il quale se ne trova già informato, è tenuto di rinviarla di officio al giudice del luogo ove l'immobile è situato; la seconda, se la stipulazione che l'art. 2159 permette di fare al creditore e al debitore, cioè, che in caso di contestazione la domanda sarà portata avanti al tribunale che le parti fisseranno, può legare de'terzi creditori o acquirenti. Egli si decide per la negativa intorno alle due questioni. Queste decisioni debbonsi approvare unitamente ai motivi sopra i quali egli le ha fondate.

Osserviamo che, da qualunque tribunale possa emanare il giudicio che pronunzia la radiazione dell'iscrizione, questa radiazione non può essere rifiutata dal conservatore delle ipoteche, su i cui registri l'iscrizione venne fatta, dietro la presentazione d'una spedizione esecutoria del giudicio che l'ha ordinata. Tale è il resultato degli art. 2156 e 2157, i quali, egualmente che l'art. 2159, suppongono che la radiazione possa essere ordinata da un tribunale diverso da quello della situazione de' beni.

(1) Sopra le tre decisioni da me citate veggasi Dalloz, anno 1812, pag. 502; anno 1808, pag. 5 au Suppl.; anno 12, pag. 421.

Le regole relative alla competenza, per le domande di radiazione d'iscrizione, sono estranee alla domanda di apertura del concorso.

95. Ma conviene osservare che tutto ciò che si è detto deve limitarsi al solo caso da me indicato, che è quello in cui sarebbe questione di una semplice domanda di radiazione dell' iscrizione, tanto per l' estinzione del debito, quanto per la nullità del titolo o dell' iscrizione. Mentre se si trattasse di una dimanda per l'apertura di un concorso e per la distribuzione del prezzo di fondi venduti e gravati d'ipoteche, anche quando questi fondi dipendessero da una eredità tuttavia indivisa, e sulla quale potessero esistere delle contestazioni pendenti avanti un tribunale diverso da quello nel circondario del quale furono prese le iscrizioni, come, per esempio, al tribunale del luogo in cui si aprì la successione, converrebbe allora decidersi per altri principj. Dicesi nell'art. 4 della legge de' 14 novembre 1808: » Le procedure relative, tanto alla spropriazione forzata, *quanto alla distribuzione del prezzo degl'immobili*, saranno portate avanti a'respettivi tribunali della situazione degl'immobili ». Vi è in questa disposizione un' attribuzione positiva di competenza, che interessa meno il creditore iscritto e il debitore, che i creditori i quali debbonsi dividere il prezzo derivante dal pegno de'loro crediti. È anche questo ciò che venne deciso dalla Corte di cassazione, con decreto de'24 aprile 1809. La Corte reale di Parigi, che in alcune circostanze aveva profferite delle decisioni contrarie, si è conformata a quella della Corte di cassazione con sua decisione de'26 di giugno 1813 (1).

Delle forme della domanda di radiazione d' iscrizione. Delle conseguenze dell'elezione del domicilio nel circondario dell'uffizio dell' ipoteche.

96. Passerò attualmente ad esaminare quali sono le formalità che devono essere osservate per la domanda di radiazione d' iscrizione, quando, per le circostanze di cui si è parlato, questa deve essere portata avanti al tribunale nella cui giurisdizione venne presa. Ma deggio prima di tutto fare alcune osservazioni circa l'elezione del domicilio.

Il tribunale della situazione, essendo quello che deve conoscere di tutto ciò che grava l' immobile, di tutte le domande relative alle iscrizioni, di

(1) Sopra queste due decisioni, veggasi Denevers, anno 1809, pag. 47, al Suppl.; e anno 1814, pag. 70 al Suppl.

tutto quello che riguarda la purgazione delle ipoteche, ed in fine del giudizio d'ordine, e della distribuzione del prezzo, era regolare che ogni creditore iscrivente eleggesse un domicilio nel circondario di questo tribunale, oltre l'indicazione del suo domicilio reale; la quale ultima indicazione ha per oggetto di farlo conoscere, onde facilitare l'esecuzione dei giudizj che potrebbero intervenire contro di lui. D'altronde, è facil cosa comprendere quante spese questa elezione di domicilio può risparmiare. Tale fu il voto, per i medesimi motivi, dell'editto del 1771, relativamente alle opposizioni alle lettere di ratifica. Tale è stato quello dell'articolo 2148, §. 1 del Codice civile. Sembra che non possano elevarsi dei dubbj se il creditore che s'iscrive al suo domicilio reale, nel circondario del tribunale della situazione dell'immobile, può eleggere, per l'oggetto dell'iscrizione, il domicilio nella propria casa. La legge esige solo l'elezione del domicilio *in un luogo qualunque del circondario dell'uffizio.*

Dicesi nell'art. 2152 essere in facoltà di colui che ha preso un'iscrizione, come anche de' suoi rappresentanti o cessionarj *per atto autentico*, di cambiare sul registro delle ipoteche il domicilio da lui eletto, purchè ne elegga e indichi un altro nel medesimo circondario. L'autenticità dell'atto di cessione fu soggiunta allorchè si discusse la compilazione dell'articolo, giacchè non si volevano favorire i cambiamenti fraudolenti di domicilio. Una decisione ministeriale, del 28 piovoso anno 9, fissa le formalità di questa dichiarazione di cambiamento di domicilio. Essa deve esser fatta in margine dell'iscrizione. Il creditore deve firmarla. Se lo spazio mancasse, allora la dichiarazione deve esser posta alla data corrente del registro, mettendo solo nel margine una nota indicante il volume e il numero ove trovasi posto il cambiamento di domicilio. Se la parte non sa scrivere, sarà necessario un attto notariale.

Ma ciò che vi ha di più essenziale ad osservare è, che il domicilio eletto non si cambia per la morte dell'avvocato, o di qualunque altra persona presso cui venne eletto. Questo deve aver luogo quando questa persona non lasciasse nè successori nè eredi. Se non esistesse alcuno al detto domicilio, l'usciere dovrebbe seguire le disposizioni prescritte per questi casi dal Codice di procedura. Tutto ciò rilevasi dall'art. 2152 del Codice civile, e più particolarmente ancora dall'art. 2156. Spetta al creditore iscritto informarsi di questi cambiamenti, ed eleggere un nuovo domicilio.

Passo ora alle forme della domanda per la radiazione dell'iscrizione. Le difficoltà che ho vedute provare, anche spesso da persone versate nella

pratica, dipendono dall'esecuzione degli articoli 48 e 50 del Codice di procedura civile, relativi alla citazione preventiva per conciliazione. Questa citazione è essa necessaria? Nell'affermativa, deve ella essere fatta al domicilio eletto nel circondario, o al domicilio reale del creditore iscritto? Si vede bene che nell'uno o l'altro caso la conciliazione dovrebbe esser richiesta avanti al giudice di pace de' respettivi domicilj, salvo, nel secondo caso, il rinvio della domanda, non avendo luogo la conciliazione, al tribunale del circondario in cui fu presa l'iscrizione.

Ma io penso che la citazione per conciliazione non sia necessaria, e mi fondo sulle eccezioni contenute nell'art. 49 dell'istesso Codice di procedura. Queste eccezioni, §. 2, 5 e 7, riguardano le domande che richieggono celerità, quelle di rimozione di *sequestri o opposizione*, *ed in generale* quelle relative alle *staggine* ec. Sarebbe mai possibile di non poter annoverare, fra tutte queste varie categorie, la domanda per radiazione di iscrizione ipotecaria? Quando anche avesse una breve durata, essa potrebbe essere funesta a colui che verrebbe a colpire. Potrebbe fargli spesso perdere l'occasione di una vendita vantaggiosa, o porlo nella impossibilità di contrarre un debito indispensabile per il mantenimento del suo credito. Per questo ho osservato che, nei tribunali di prima istanza, le domande di radiazione d'iscrizione vi si portano direttamente senza la preventiva citazione di conciliazione. D'altronde, si evitano tutte le difficoltà introducendo sopra questa domanda di radiazione una sentenza provvisoria, per portar quindi la causa all'udienza, ciò che rientra nelle disposizioni dell'art. 72 dello stesso Codice di procedura. In tal caso l'autorità del giudice si congiunge alla natura della domanda, per rendere inutile la citazione di conciliazione. Tutto quello che ho detto per il caso della domanda di radiazione, fatta dal debitore contra il creditore, può egualmente applicarsi al caso della domanda del terzo acquirente parimente contra i creditori iscritti. Questa materia è urgente per sua natura.

Dell' effetto della mancanza di elezione di domicilio nel circondario in cui è presa l' iscrizione.

97. Ma è necessario di venire, a questo riguardo, ad un'altra questione assai importante. Supponendo che l'iscrizione ipotecaria non contenesse la menzione dell'elezione del domicilio nel circondario, omissione che qualche volta si è veduta succedere, ne resulterebbe egli l'assoluta nullità dell'iscrizione? Questa nullità, come si vede, farebbe perdere il grado dell'ipoteca.

Sotto l'editto del 1771, la mancanza di elezione del domicilio, nella opposizione alle lettere di ratifica a cui venne sostituita l'iscrizione, avrebbe portato seco la nullità di questa; per la ragione che l'art. 22 di quell' editto prescriveva, *a pena di nullità*, l'elezione nel luogo ove si faceva il registro, cioè, nel luogo ove le lettere di ratifica dovevano essere spedite, ed in cui il giudizio d'ordine doveva farsi. La menzione de' nomi di battesimo, di quello di famiglia, della qualità e dimora dell' opponente, si richiedevano parimente sotto alla pena medesima. Or, per l'istessa ragione che se questa pena di nullità non fosse stata pronunziata da questo editto i tribunali non l'avrebbero neanche pronunziata, essa non dovrebbe essere inflitta sotto il Codice civile, poichè egli tace circa la nullità, per la ragione che le nullità non hanno luogo *ipso jure*, e non possono emanare se non dalla legge. Se la Corte di cassazione non ha creduto di dovere, negli ultimi tempi, annullare le iscrizioni per causa di omissioni, o errori che vi sarebbero corsi su altri oggetti, come l'ho già detto parlando con più particolarità intorno alle formalità delle iscrizioni, non sa concepirsi come si dovrebbe usare più severità trattandosi dell'elezione del domicilio nel circondario. Tutto ciò che dovrebbe resultare dalla omissione di questa indicazione contro il creditore iscritto, è che vi sarebbe l'obbligo di fargli alcuna delle citazioni o notificazioni volute dalla legge, sia per purgare l' immobile sopra del quale gravita la sua iscrizione, sia per espropriarlo, sia in fine per farsene la distribuzione del prezzo; dimodochè se il creditore iscritto non si presentasse nel giudizio d'ordine, sia che questo fosse convenuto fra'creditori, o che si facesse giudiciariamente non potendo aver luogo all' amichevole, egli decaderebbe da qualunque diritto, almeno in quanto al prezzo da distribuirsi. Ma se egli si presentasse da sè medesimo in tempo utile, sia per aumentare il prezzo offerto volontariamente da un acquirente, sia per essere graduato nel giudizio d'ordine, non vi sarebbe motivo di contestargli l'esercizio della sua ipoteca; poichè malgrado la mancanza, nel borderò, di una elezione di domicilio nel circondario, i terzi non hanno per questo potuto ignorare l'esistenza dell' ipoteca, la sua causa, la sua natura, e il suo importare. Questa opinione è stata emessa da uno scrittore versato nella materia (il sig. Guichard), in un passaggio riportato da Sirey, tom. 10, part. 2, pag. 250. Fu sostenuta da altri autori. La Corte reale di Metz l'ha parimente adottata in una decisione del 2 luglio 1812, riportata da Denevers, an. 1813, pag. 38, *al supp.* I suo motivi sono perfetti. Per esser breve, io rinvio a questi motivi, che meritano di esser considerati.

Devo però far osservare che, sia nell'opinione del sig. Guichard, sia nei

motivi della decisione della Corte reale di Metz, la nullità dell'iscrizione non viene accolta, dicendosi che la pena della omissione si riduce a far sì che, se il creditore iscritto è domiciliato fuori del circondario, non occorrerà intimarlo o citarlo, sia *per domandare la radiazione della sua iscrizione*, sia per purgare l'immobile, ec. Ma non si può identificare la posizione del debitore con quella de' terzi. Questi ultimi non hanno allora nulla che fare; ma il debitore non può ottenere la radiazione dell'iscrizione se non avanti ad un tribunale; e per questo è necessario ch' egli la domandi dietro un' assegnazione data a' creditori iscritti. Però, diviene indispensabile ch' egli faccia la citazione al domicilio reale, qualunque possa esserne il luogo, nel caso che non fosse stato eletto. Quindi il torto che resulta contra il debitore, per mancanza dell' elezione di domicilio nel circondario nuoce solo all'istesso debitore. Intanto, io penso che, nella circostanza, dovrebbe questo essere costretto a dare l'assegnazione al domicilio reale, salvo ad aver riguardo al pregiudizio che ne resulterebbe, allorchè si dovrebbe statuire intorno alle spese. Sembrerà sempre troppo duro di pronunziare la decadenza d'un' ipoteca dietro l' omissione d' una formalità alla quale la legge non infligge la pena di nullità, e che non nuoce in verun modo alle parti interessate, o che, tutto al più, non può portare all' una di esse se non un leggiero pregiudizio, e facile ad essere riparato.

Io considerava questa opinione come dovendo essere abbracciata senza difficoltà, quando ho veduto che il contrario era stato giudicato da un decreto della Corte di cassazione, de' 2 di marzo 1816, riportato nella stessa raccolta, anno 1816, pag. 465. Questo decreto formerà forse giurisprudenza costante, specialmente subito che pronunzia la nullità dell'iscrizione, non dietro il ricorso del debitore, ma sopra quello di due creditori iscritti? Il che non appartiene a me nè a prevederlo, nè a deciderlo. Del rimanente mi prevarrò di questo decreto per far conoscere quanto sia importante il non omettere nella iscrizione, oltre la menzione del domicilio reale, anche l'elezione di un domicilio in un luogo del circondario.

In quali casi la iscrizione è necessaria per i frutti, e per qual numero di anni? Delle spese.

98. Anticamente non eravi giurisprudenza uniforme, in tutti i tribunali del regno, intorno alla questione di sapere se i frutti come le spese dovevano essere collocati nel medesimo grado del capitale. Si avrà un' idea dell'antica giurisprudenza, relativamente a ciò, dietro le autorità che trovansi

riportate nel Repertorio di giurisprudenza alla parola *Ipoteche*, sez. 1, §. 11 e 12. È pertanto vero che la giurisprudenza la più generalmente adottata, si era che i frutti ed arretrati di rendite, come anche le spese, seguivano la sorte del capitale. Era questo ciò che giudicavasi in tutta la giurisdizione del parlamento di Parigi. Tale era la disposizione della legge 12, §. *sciendum*, e della legge 18, ff. *qui pot. in pign.*, almeno per i frutti a' quali le spese dovevano essere assimilate.

Ma sotto l' attuale legislazione l' affermativa non incontra più difficoltà. Veruna disposizione legislativa separa, dal rango dell'ipoteca del capitale, i frutti nè le spese. L'identità dell'ipoteca risulterebbe egualmente dall'art. 2148, §. 4. Questo articolo esige l' iscrizione pel capitale de' crediti espressi nel titolo, come anche per la somma degli accessorj di questo capitale. Ora non vedesi che questi *accessorj* possono essere una cosa diversa da' frutti e dalle spese, e questa idea è generalmente ammessa. L' oggetto essenziale si è che l' iscrizione contenga particolarmente la somma del capitale, e quella de' frutti e spese. Tutto ciò che compone il credito dev' essere conosciuto da' terzi.

Ma per i frutti che devono cadere dopo l'iscrizione, e che altravolta seguivano la sorte del capitale, sino al pagamento, qualunque fosse stato il numero degli anni nel di cui corso si erano cumulati, la pubblicità dell'ipoteca vi apportò un gran cambiamento, egualmente che sopra a molte altre parti. Questo cambiamento è stabilito dall'art. 2151 del Codice. « Il creditore iscritto, vi si dice, per un capitale che produce frutti o arretrati, ha diritto di essere collocato per due annate soltanto, e per l' annata corrente, nello stesso grado in cui è collocata l' ipoteca del capitale, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari da farsi, producenti ipoteca, dal giorno della loro data, per gli arretrati diversi da quelli conservati dalla prima iscrizione ». Perlochè, tutti i frutti scaduti al momento dell'iscrizione, questa iscrizione li conserva come lo stesso capitale. L'iscrizione conserva anche al medesimo grado due annate di frutti o arretrati, a contare da questa iscrizione, oltre l'annata corrente, o la parte di questa terza annata che decorrerà nel momento della collocazione. Questo articolo differisce dall'art. 19, della legge di brumaio che restringeva questo favore a due anni d' arretrati. Da queste varie disposizioni resulta che, quando il credito fosse stato costituito sotto la legge di brumaio, se l'ipoteca fosse esercitata soltanto sotto il Codice civile, e se il creditore, che si trovasse in opposizione con quello che reclamasse due annate e più l' anno corrente; non avesse acquistato dei diritti se non sotto l' impero del Codice civile, l'allogazione dei frutti per i

i quali sarebbe presa l'iscrizione, dovrebbe essere regolata da questo Codice, e non dalla legge di brumaio. Tale è il resultato de' principj stabiliti in due decreti della Corte di cassazione, il primo de'5 marzo 1816, l'altro de' 16 marzo 1820. Denevers, an. 1816, pag. 151, ed an. 1820, pag. 282. Questi decreti, per verità, sono stati pronunziati pel caso d'un privilegio di prezzo di vendita: ma i principj in essi stabiliti, portano alla opinione che ho data, nel caso ove si trattasse di frutti di crediti ordinarj.

Io stimo che l' iscrizione presa soltanto pel capitale, spese e frutti fino allora scaduti, conserverebbe di diritto le due annate seguenti, e la corrente: nondimeno è sempre bene farne menzione nell' iscrizione, come suole praticarsi. Ma riguardo ai frutti, che possono scadere in seguito, l'iscrizione diviene necessaria, per la conservazione dell' ipoteca, a misura della loro scadenza; e l' ipoteca, per ciascuna di queste annate, non rimonta che alla data della respettiva iscrizione. Il motivo si è che questi frutti, secondo che scadono, formano altrettanti crediti successivi, che non potean conoscersi colla prima iscrizione, e che devono esserlo nell'interesse dei terzi.

Conviene intanto osservare che, per prendere queste nuove iscrizioni, non vi bisogna una nuova condanna degli arretrati. I frutti del capitale ipotecario, correndo sempre la sorte di questo capitale, producono ipoteca come il capitale istesso; e l' iscrizione, in ordine ad essi, non è necessaria che per dare l' efficacia all' ipoteca della quale sono rivestiti, come per tutti i crediti ipotecarj in generale.

L' art. 2151 del Codice civile è egli applicabile agli arretrati de' crediti anteriori alla legge di brumaio anno 7?

99. Si è elevata la questione di sapere se l'art. 2151 del Codice è applicabile, o no, ai frutti o arretrati di rendite resultanti da'crediti ipotecarj anteriori alla legge degli 11 brumaio an. 7; in modo che, per questi frutti o arretrati, l'iscrizione presa ogni dieci anni, in conseguenza dell' art. 37 di questa legge, o di cui la prima sarebbe stata presa nei termini stabiliti e poi prorogati dalle leggi posteriori, basterebbero per assicurare l' ipoteca del credito a tutti questi frutti, o arretrati, a qualunque epoca essi rimontassero.

Pare che la Corte di cassazione abbia deciso per la negativa, con un decreto de' 13 termidoro, anno 12, riportato dal sig. Merlin nel *Repert. di giurisp.* alla parola *Ipoteca*, sez. 2, §. 2, art. 14, n.° 1. Egli suppone egual-

mente, che la questione sia stata in tal modo giudicata. Ma, malgrado questo decreto, la questione non lascia di essere delicata, e di soffrire molte difficoltà. Non si può dire che vi sia più retroattività nell' art. 2151 del Codice civile e nell' art. 19 della legge di brumaio (che vi era a un dipresso uniforme, ciò che è qui indifferente, e su cui mi spiego altrove), di quello che ve ne è nella legge che ha prescritta la necessità dell' iscrizione delle antiche ipoteche per essere conservate. L'iscrizione per i frutti da scadere, indipendentemente dalle due annate e dalla corrente, ebbe per oggetto il timore di una collusione tra il creditore ed il debitore che, in danno degli altri creditori, poteva proporsi di ridomandare i frutti già pagati, e le di cui quietanze si fossero perdute o soppresse. I frutti da scadere formano una specie di credito aggiunto al primo, che forma il capitale; e la legge ha potuto stabilire una regola su questo nuovo credito, sottoposto al suo impero, non essendo per anco maturato. Può darsi per principio, come lo dico altrove, che per la ragione sola che il credito del capitale è sottoposto all' iscrizione, i frutti da scadere lo sono anche nel modo voluto dalla legge.

Del resto non si può dire che la questione sia stata giudicata precisemente col decreto del 13 termidoro anno 12, perchè esso è fondato semplicemente sul motivo che trattavasi di frutti scaduti avanti la promulgazione della legge degli 11 brumaio, e vi è aggiunto: » E che, d'altronde, non vi è stata contestazione sulla quantità di questi frutti nè in prima istanza, nè in appello ». Quindi, io sono sempre fermo nella mia idea, che l' art. 19 della legge di brumaio, e l' art. 2151 del Codice civile si applicano agli antichi crediti, come a quelli che son nati dopo l'una o l' altra di queste due leggi. Conviene, almeno per prudenza, agire in questo senso.

Difficoltà elevatasi circa il modo d' intendere le due annate e la corrente.

100. Se il creditore iscritto fosse stato pagato di due o anche di più annate, che avrebbero seguito immediatamente l' iscrizione, come spesso avviene, e se non vi fossero stati degli arretrati che dopo la scadenza delle due annate, quale sarebbe allora l' effetto dell' iscrizione non rinnovata? È certo che conserverebbe due di queste annate posteriori, e quella che correrebbe allorchè si fa il pagamento. S' intende che quest' annata corrente non ha potuta mai essere che l' ultima, cioè, quella nella quale si fa il pagamento, perchè non si può iscrivere per un annata di frutti, o arretrati, avanti che sia sca-

duta. La Corte reale di Riom, con un decreto de' 16 dicembre 1813, giudicò che le annate conservate in virtù dell'art. 2151, in forza dell'iscrizione, erano limitativamente le tre prime annate che avevano seguito immediatamente l'iscrizione; ma questo decreto fu annullato, nell'interesse della legge, con un decreto de'27 maggio 1816, raccolto da Denevers, an. 1815, pag. 276. Si consulterà con frutto l'istanza del signor Mourre, procuratore generale, che contiene lo sviluppo de'principj che hanno basato il decreto.

Esiste egli la necessità dell' iscrizione relativamente al terzo possessore?

101. Si è ancora presentata la questione di sapere se, in caso ove la iscrizione è necessaria per conservare i frutti o gli arretrati, come accessorio ipotecario, questa necessità esiste non solo riguardo ai creditori, ma ancora riguardo al terzo acquirente che non purga il fondo dall'ipoteca.

Io credo che conviene decidersi contra il terzo possessore. Nel modo in cui sta redatto l'art. 2151, l'iscrizione non ha per oggetto che il grado dell'ipoteca per il capitale e per gli arretrati; *ha diritto di essere collocato . . . nel medesimo grado d'ipoteca*; e un diritto di preferenza non concerne che dei creditori i quali concorrono in un giudizio d'ordine. Da un altra parte, l'articolo 2168 prescrive che il terzo possessore che non vuole purgare il fondo, se non lo cede, è tenuto a pagare *tutti i frutti e capitali esigibili.* Non v'è alcuna distinzione a fare su ciò ch'è esigibile.

Dell' iscrizione per i frutti dopo l'aggiudicazione. Quid *nel caso di trascrizione della vendita volontaria?*

102. Ma bisogna eccettuare dalle regole stabilite sulla necessità dell'iscrizione per i frutti, secondo che scadono, il caso nel quale vi è un'aggiudicazione giudiciale del fondo gravato da ipoteca e colpito dalla iscrizione; tutti i frutti e arretrati, che decorrono a contare di questa aggiudicazione, son conservati senza nuova iscrizione. Era impossibile di stabilirlo meglio di quello che ha fatto il signor Fouquet, procuratore generale della Corte reale di Rouen, nel dare le sue conclusioni in una causa rimessa a questa Corte da quella di cassazione, la quale presentava un' altra questione importante che io tratto al capitolo II., ove parlo *dell' ipoteca giudiciale:* Riporto le parole di questo magistrato, perchè ci si vede una spiegazione luminosa dei principj della materia. » Quanto ai frutti scaduti dopo

l'aggiudicazione, egli diceva, i frutti hanno per diritto i medesimi titolo, privilegio, ed ipoteca che il principale. I nostri nuovi Codici hanno introdotta un'altra regola onde schivare le frodi che si potrebbero commettere simulando i pagamenti dei frutti di già fatti dal debitore, frodi che non potevano presumersi per i frutti scaduti dopo l'aggiudicazione. Le nostre nuove leggi non hanno riconosciuto ipoteca che su gl'immobili reali; non hanno stabilito la formalità dell'iscrizione per le ipoteche che sopra il fondo del debitore: questo fondo del debitore più non esiste dopo l'aggiudicazione, e i frutti posteriori non sono dovuti al creditore che *come un accessorio legittimo*, *naturalmente inseparabile dal capitale*. Dietro l'aggiudicazione, le iscrizioni sarebbero impossibili, per la sola ragione che non graviterebbero più sopra un immobile. Nel caso contrario, bisognerebbe fare delle significazioni e notificazioni di queste nuove iscrizioni, e un secondo stato d'ordine; ciò che alcuna legge non ha ammesso. Il punto in questione si trova soprabbondantemente deciso e confermato dall'art. 770 del Codice di procedura che non è, a quest'effetto, introduttivo di un diritto nuovo, ma puramente interpetrativo e dichiarativo. » Queste riflessioni, e il decreto conforme de' 28 giugno 1810, trovansi nella raccolta di Denevers, anno 1810, pag. 141, *al Supp.*

Giova conoscere i motivi di questo decreto, in questa parte, non tanto per la ragione che per la precisione. » Nel secondo capo, relativo ai frutti scaduti dopo l'aggiudicazione, veduto l'articolo 19 della legge di brumaio anno 7, l'articolo 2151 del Codice civile, e gli articoli 757, 767 e 770 del Codice di procedura civile; e atteso che per equità, per ragione, e per le sole regole del diritto comune, l'aggiudicatario, che gode del fondo, deve i frutti arretrati del prezzo della sua aggiudicazione; e che, per questi frutti, non ha potuto esser presa iscrizione nè contro il debitore spogliato dell'immobile, nè contro l'aggiudicatario che ha purgato questo medesimo immobile. » Questo decreto trovasi anche nella raccolta di Sirey, anno 1810, parte 2, pag. 397.

A queste riflessioni si può aggiungere che, quando vi è stata un'aggiudicazione, si deve meno vedere, nelle mani dell'aggiudicatario, i frutti del capitale iscritto, che quelli dell'ammontare della collocazione; che dovendo questi frutti decorrere contra l'aggiudicatario, in vantaggio de' creditori collocati, indipendentemente dell'ammontare della loro collocazione, questi creditori si troverebbero in perdita d'una parte dei frutti, che la legge gli assicura, se l'aggiudicazione non li conservasse senza una nuova iscrizione.

Accade lo stesso in caso della vendita volontaria, seguita dalla trascrizione. Se vi è un giudizio d'ordine, l'aggiudicatario deve del pari i frutti dell'ammontare dell'aggiudicazione a contare dall'aggiudicazione istessa, senza che vi sia bisogno d'iscrizioni per parte dei creditori. Del resto io spiego più particolarmente tutto ciò nel cap. 2 della 2.ª parte, ove sviluppo i resultati degli articoli 757, 767 e 770 del Codice di procedura, che combino coll'art. 19 della legge di brumaio anno 7, e con l'art. 2151 del Codice civile. Mi limito adesso a stabilire il principio adottato da questo art. 2151, e a indicare le eccezioni di cui è suscettibile.

Il venditore è egli sottoposto all'iscrizione per la conservazione de' frutti del prezzo della vendita? Quid *degli altri privilegj?*

103. Si è elevato la questione di sapere se il privilegio del venditore, per il capitale del suo credito, si estende soltanto a due annate, e alla corrente di frutti, o se si estende, invece, a tutti i frutti di qualunque specie, scaduti dopo l'iscrizione presa personalmente dal venditore, o dopo la iscrizione di ufficio, senza la necessità di nuove iscrizioni a misura delle scadenze. Questa questione soffre gravi difficoltà, quantunque sul principio sia parso di non esserne suscettibile. La Corte di cassazione, con decreto de' 5 di marzo 1816, si era decisa per quest'ultima estensione del privilegio, senza che vi fosse bisogno d'iscrizione a misura delle scadenze. Una decisione contraria della Corte reale di Rennes, del 2 aprile 1814, venne annullata; ma la Corte reale di Angers, alla quale fu rimessa la cognizione della causa, adottò l'opinione di quella di Rennes, con decisione del 12 luglio del medesimo anno. Denevers, anno 1816, pag. 151, e 122 *al Supp.*

È permesso di emettere un parere, soprattutto in una simile divergenza di opinioni. Ora, mi sembra difficile di non adottare la decisione della Corte reale di Angers. Essa è fondata sopra motivi che entrano intieramente e nella lettera e nello spirito della legge; e sono convinto, che questi motivi essendo conosciuti verrebbero accolti dalla Corte di cassazione, la quale si compiace, in tutte le circostanze, a dirigere la giurisprudenza con le disposizioni della legge.

Si vorrebbe egli invocare l'equità in favore del privilegio del venditore? Conviene pensarvi bene, poichè *l'equità* si limita a cercare nello spirito del legislatore tutto ciò che egli non ha espresso nella legge; andare più in là, sarebbe lo stesso che cadere nell'arbitrio. Ora, vi è qui una legge precisa. L'art. 2151 porta che il creditore iscritto per un capitale,

che produce frutti o arretrati, ha diritto di essere collocato per due sole annate, e per la corrente, *nello stesso grado d'ipoteca* del suo capitale, ec.

La Corte di cassazione, da queste parole, *nello stesso grado d'ipoteca*, ha dedotta l'induzione che il legislatore non aveva inteso di applicare la disposizione dell'articolo a'privilegj che, propriamente parlando, non hanno alcun grado. Ma quest'induzione sarebbe troppo debole per sostenere un decreto. La voce *ipoteca* torna solo, in una quantità di articoli, sia del Codice, sia della legge di brumaio anno 7; e nondimeno, sotto quella voce, non conviene, alle volte, intendere nè un privilegio nè un'ipoteca legale, come, in alcune altre volte, vi si deve intendere l'ipoteca legale ed il privilegio, il quale d'altronde colpisce, come l'ipoteca, in un senso generale, il fondo sopra il quale gravita. Per non prendere equivoci, in simil caso, bisogna fare le distinzioni convenevoli dietro il disposto di altri articoli, e seguendo lo spirito della legislazione. Ora, tutto questo fa conoscere che l'articolo 2151 è applicabile al privilegio del venditore, come alle ipoteche ordinarie, imperocchè questo privilegio deve essere *iscritto*.

Una riflessione servirà a dimostrare questa verità, nell'atto istesso che confuterà varj altri ragionamenti. Nello stato attuale della giurisprudenza, il diritto d'un venditore si conserva di due maniere: o col mezzo dell'iscrizione, o, in sua mancanza, colla risoluzione della vendita. La prima strada da tenersi non è altro che l'esercizio del privilegio, sopra l'immobile venduto, per il prezzo della vendita; e se, come si ammette dal medesimo decreto della Corte di cassazione, questo privilegio non può esser conservato se non in virtù dell'iscrizione, o colla trascrizione che ne farebbe le veci, non si sà per qual motivo potrebbe sfuggire alla disposizione dell'art. 2151. Ora, è questo precisamente il caso di cui si tratta.

La trascrizione, dicesi, o l'iscrizione, hanno un effetto retroattivo al contratto di vendita. Questo è vero; ma la trascrizione non ha però meno avuto per scopo di far conoscere ciò che dovea essere l'oggetto del privilegio, e ciò che dovea esser conservato; e non si conserverebbe se non ciò che sarebbe enunciato, come essendo dovuto, nella iscrizione, o nella trascrizione che ne farebbe le veci. Sarebbe cosa ingiusta il prevalersi d'un errore contra i creditori iscritti o contra un terzo acquirente. Dicesi, nell'art. 2103, che i creditori privilegiati sopra gl'immobili sono, 1.° il venditore sull'immobile venduto, per il pagamento del prezzo, ec. L'art. 2108 attribuisce all'iscrizione *ex officio*, che è una conseguenza della trascrizione, la conservazione de'crediti resultanti *dall'atto traslativo di proprietà*, ec. In tutto questo, non si ravvisa che il solo capitale del credito, come

per tutti i creditori ipotecarj, e non i frutti indeterminatamente. Il venditore quindi non ha per i frutti, almeno indeterminatamente, e pel prezzo, un solo ed istesso privilegio. I frutti non hanno mai potuto essere la stessa cosa del capitale, o (ciò che è parimente nella specie) del prezzo. L'idea contraria si opporrebbe alla natura delle cose ed alla significazione respettiva delle parole.

Tornando ora al secondo caso sopra indicato, quello cioè della conservazione del diritto del venditore, mediante la risoluzione della vendita, per mancanza d'iscrizione, la difficoltà sarebbe la medesima, benchè si presentasse sotto un aspetto vario. Quando si supponesse che il venditore potesse chiedere la risoluzione della vendita, per ragione della mancanza di pagamento de' frutti, soprattutto se il capitale non fosse esigibile, ciò che per altro non va esente da difficoltà, si crederebbe forse allora che il venditore avesse il diritto di repetere sopra l'immobile venduto, in danno dei creditori iscritti, sopra l'acquirente diretto e sopra un secondo acquirente, quindici, o venti anni di frutti del prezzo della vendita, senza aver prese le iscrizioni? Chi non iscorgerebbe in ciò un rovesciamento della base fondamentale della legge, che è la pubblicità? Non si potrà fare altro che smarrirsi, quando si vorrà sortire dal suo spirito e dal suo sistema. Affin di potersi decidere intorno la questione, non bisogna considerare il diritto del venditore contra il suo acquirente diretto. Bisogna fermarsi sopra i terzi creditori o acquirenti; ed allora si scorgeranno altri principj. Possono consultarsi ancora alcune giudiziose osservazioni fatte dal signor Persil, il primo che conobbe il decreto della Corte di cassazione, e la decisione della Corte reale di Angers, *Reg. ipot.*, art. 2151, n.° 8. Quel che si è detto si applica, per gli stessi motivi, a coloro che prestano delle somme destinate al pagamento del prezzo delle vendite.

Devo confessare che, nel momento in cui emettevo la mia opinione come sopra, non avevo cognizione d'un decreto della Corte di cassazione, del 1.° maggio 1817, quantunque emanato prima del tempo in cui cominciai a scrivere il presente Trattato. Avendolo incontrato nella raccolta di Denevers, anno 1817, pag. 241, mi affretto di farlo conoscere. La decisione della Corte reale di Angers ebbe il medesimo destino di quella della Corte di Rennes. Si vede bene di qual peso debba essere il decreto della Corte di cassazione, essendo emanato in una questione tanto disputata, in sezioni riunite, e sotto la presidenza del Guardasigilli. Egli fu inoltre preceduto da una assai viva discussione del sig. Mourre, procuratore generale presso quella Corte, che merita di essere ponderata.

Del rimanente vi saranno sempre delle divergenze di opinioni relativamente alle questioni dubbie ed intrigate. Queste divergenze saranno l'effetto de' principj d'interpretazione che si formeranno sulla legge. Quelli che, nel dubbio (e confesso esser io di questo numero), credono che la via la più sicura sia quella di attenersi al sistema della pubblicità, che è quello della legge, e che ne forma lo spirito, potranno vedere diversamente da quelli che vorrebbero risolvere questi dubbj coll'applicazione delle antiche leggi, tanto romane che francesi, a cui deve credersi che la legge ipotecaria abbia inteso di portare delle grandi modificazioni, introducendo la pubblicità. Nel primo senso, si ha soprattutto riguardo all'interesse de' terzi, il quale, agli occhi del legislatore, diviene interesse pubblico; nel secondo, si corre pericolo di occuparsi soltanto dell'interesse de'singoli; e, laddove questo interesse venga trascurato per lungo tempo, si può aprir l'adito a molte frodi in pregiudizio dei terzi.

Non debbo passar sotto silenzio, che l'autore della raccolta dice, che la causa fu rinviata alla Corte reale di Parigi; ma io non conosco decisione emanata da essa Corte intorno alla questione, almeno dietro questo rinvio.

Debbo pure far osservare che, secondo un passo della discussione del sig. Mourre, il decreto dovrebbe riguardare unicamente il prezzo delle vendite, e non applicarsi a' frutti dovuti per supplimenti convenuti tra'condividenti, dietro una distinzione introdotta dell'istesso magistrato fra il privilegio di questi due crediti. Secondo l'opinione di questo magistrato, il decreto non dovrebbe neppure applicarsi ai frutti delle somme dovute agli architetti o muratori, dei quali parlasi nell'art. 2110.

Della iscrizione per i frutti delle ipoteche legali.

104. La teoria da me spiegata, non deve applicarsi alle ipoteche legali delle donne maritate e de' minori, sopra i beni de'mariti o dei tutori. Evvi per ciò una ragione decisiva, cioè, che simili ipoteche, a differenza del caso dei privilegj sottoposti all'iscrizione, de' quali ho fatto parola, sono esenti da questa iscrizione. Esse esistono a contare dalla loro data, indipendentemente dall'iscrizione. Non si può fare, per i frutti, una eccezione a questa esenzione, quando la legge non la stabilisce. Per simili ipoteche, l'iscrizione non è necessaria che per farsi conoscere, allorchè si tratta di partecipare al giudizio d'ordine. Un decreto della Corte di cassazione, del 4 frimaio anno 14, Denevers, anno 1806, pag. 154, avea in questo caso pronunziata la restrizione de' frutti a due annate. Ma, il sig.

Tarrible, che ha esaminata la questione con molta cura, *Repert. di giurispr.*, alla parola *Iscriz. ipot.*, §. 5, n.° 14, dice, assai giudiziosamente, che la causa, che diede origine a questo decreto, nacque sotto l'impero della legge degli 11 brumaio anno 7, la quale sottoponeva all'iscrizione l'ipoteca legale delle donne maritate, col medesimo rigore che per le ipoteche ordinarie; ed è principalmente, egli soggiunge, sopra i cambiamenti operati su questo punto dal Codice civile, che ha fondato la sua opinione. Si vede bene che, per una conseguenza di ciò che si è detto, l'art. 2151 si applica a tutti i crediti che hanno un'ipoteca legale sottoposta dalla legge alla iscrizione, egualmente che a'crediti ipotecarj, convenzionali o giudiciali, ed altresì a'crediti che hanno un privilegio soggetto dalla legge alla stessa formalità dell'iscrizione.

Quid *de'creditori e legatarj del defunto relativamente a'creditori dell'erede?*

105. I principj, qui sopra espressi, sono estranei ai creditori e legatarj d'un defunto, allorchè sono in faccia dell'erede o de'suoi creditori. Essi possono allora reclamare, senz'alcuna eccezione, la totalità dei loro crediti o de' legati, tanto per il capitale che per i frutti. L'iscrizione a cui sono sottoposti, in virtù dell'articolo 2111 del Codice, non ha altro oggetto che la conservazione del diritto di domandare la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Nell'esercizio di questo diritto, il creditore del defunto reclama una proprietà che non appartiene all'erede o a'creditori che lo rappresentano; o, almeno, quella proprietà non spetta a'medesimi se non col carico di pagare i creditori ed i legatarj unitamente a'frutti che seguono i capitali. Il che non è allora che una questione di proprietà, e non una discussione fra creditori.

Della durata dell'iscrizione, e della sua rinnovazione.

106. Passiamo alla durata dell'iscrizione ed a ciò che riguarda la sua rinnovazione. Coll'art. 2154 del Codice civile dicesi: » Le iscrizioni conservano l'ipoteca ed il privilegio, pel corso di dieci anni, dal giorno della loro data; il loro effetto cessa se queste iscrizioni non sono state rinnovate prima dello spirare del detto termine. » Da questa disposizione rilevasi che l'iscrizione, la quale ha passato questo termine senza rinnovarsi, è la stessa come se non fosse mai esistita. L'ipoteca però resta, giacchè, come dicem-

mo altrove, l' iscrizione è ben differente dall' ipoteca. La prima è solo necessaria per dare effetto alla seconda, e farle acquistare un grado. Quindi, il creditore può sempre prendere una nuova iscrizione, anche sino al terminar de' quindici giorni che seguono la trascrizione del contratto di vendita; qual tempo essendo decorso, non si può più prendere iscrizione. Ma, in tutti i casi, questa nuova iscrizione non si rende efficace, nè dà un grado all'ipoteca, che dal giorno in cui è presa. Per quanto semplici appaiano le disposizioni di questo art. 2154, esse però sono divenute suscettibili di difficoltà, anco serie, e sotto varj rapporti.

Mi spiegherò primieramente intorno a tre di queste difficoltà, le quali sono le più importanti. Esaminerò, in primo luogo, come devesi computare il termine di dieci anni: in secondo luogo, dirò qual è il momento in cui l' iscrizione diviene inutile, allora che succedono de' processi per espropriazione, contra il debitore, sopra gl' immobili gravati dall' ipoteca; in terzo luogo, mi spiegherò sulla necessità della rinnovazione, quando dal canto dell' acquirente vi è trascrizione della vendita dell' immobile che è stato colpito dall' iscrizione.

In qual modo debbonsi computare i dieci anni della durata dell' iscrizione?

107. Non è una quistione del tutto inutile il sapere come si computano i dieci anni della durata della iscrizione. Ho veduto che, da circa tre secoli, il computo de' termini voluti dalla legge è stato una materia sottoposta a delle difficoltà e contestazioni. Posso richiamare alla memoria ciò che dicea il sig. Henrys, lib. 4, *quest.* 32, parlando delle opposizioni ai decreti: *quello che più si pratica, meno si conosce.* Ciò che conferma questa verità, è che una decisione della Corte reale di Parigi, del 21 maggio 1814, ha giudicato che un' iscrizione, essendo stata presa il 12 maggio 1799, poteva essere stata validamente rinnovata il 13 maggio 1809; e che un'altra decisione della Corte di Colmar, de' 30 luglio 1813, dichiarò che una iscrizione, presa il 24 maggio 1799, non aveva potuto essere validamente rinnovata il 24 maggio 1809; che avrebbe dovuto esserla il 23. Queste due decisioni sono riportate nel Giornale del Palazzo, tom. 3, del 1814, pag. 343 e 364. Le conclusioni di queste decisioni sono evidentemente contraddittorie. Vi è ancora di più: io penso che ognuna di esse è contraria alle regole. È quindi indispensabile una spiegazione.

Ciò che è stata la sorgente di molti errori, a questo riguardo, è la con-

fusione che si è fatta di tre casi ben differenti, e sottoposti a regole ben distinte.

Di fatti, convien distinguere 1.° il caso nel quale la legge accorda un termine, a contare da un' epoca stabilita da essa; 2.° quello delle citazioni giudiciali; 3.° quello della prescrizione d' un' azione tanto per il pagamento di una somma, quanto per la rivendicazione d'un immobile.

Ancorchè non si tratti qui che del primo caso, pur tuttavia mi spiegherò ancora sopra gli altri due, per giugnere con più sicurezza ad una soluzione. Erano anticamente i dottori divisi di opinione intorno alla questione di sapere come doveasi computare il termine accordato dagli Statuti, o dalle ordinanze, od anco dal magistrato. Doveasi o nò comprendere il giorno nel quale il termine cominciava? Il che s' intendeva con queste espressioni: *An dies termini computetur in termino?* I più celebri giureconsulti hanno sostenuto che questo giorno non doveasi comprendere. Dumoulin ha detto intorno agli art. 10 e 11 dello Statuto di Parigi, n.° 1, 2 e 3: *Quamvis, de jure, regulariter, tempus statim currat de momento ad momentum, tamen consuetudine communiter observatur ut dies a quo praefigitur terminus, non computetur in termino.* Egli dà, per esempio, il termine di tre mesi, accordato all' appellante per produrre l' appello al parlamento. Egli suppone che l'appello sia stato prodotto l' ultimo di luglio, e che l' intimato ottenga delle lettere di scadimento dal diritto di appellare (secondo l' uso del tempo) l' ultimo giorno di ottobre; e decide che le lettere di scadimento, in questo caso, sarebbero premature, quantunque vi sieno tre mesi dall' ultimo di luglio sino all' ultimo di ottobre; ma egli si fonda sopra ciò che non si deve comprendere nel termine il giorno in cui l' appello è stato prodotto. Mornac aveva adottato questa decisione dietro la legge 8, ff. *si quis cautionibus* Guypape, che scrivea prima di essi, l' avea pure adottata, *quest.* 270. Il signor Talon, avvocato generale, spiegò il principio con una nuova precisione, portando la sua parola in occasione di una sentenza de' 23 marzo 1656, riportata nel Giornale dell' udienze: egli dicea che bisognava distinguere il termine *a quo* dal termine *ad quem*; che il primo non era compreso nel termine accordato, e che il secondo doveva esservi compreso: la sentenza vi si uniformò. Tutto ciò si spiega anche col giorno aggiunto dallo Statuto di Parigi, all' anno nel quale l' azione di ritiro doveasi esercitare. Duplessis, pag. 276, ediz. del 1709, dice che questa aggiunta ebbe per motivo di far *cessare questa famosa questione, cioè, se il giorno del termine fosse compreso nel termine.*

Si caderebbe in un errore se si assimilasse il termine, per la rinnova-

zione dell' iscrizione, al termine stabilito in materia di citazione. La massima, *dies termini non computatur in termino*, è totalmente estranea a questo termine. Una tal massima non si riferisce se non al giorno da cui comincia un termine; è il *dies a quo praefigitur terminus*, come dice Dumoulin; essa non si osserva che ne' termini fissati dalle leggi e dalle sentenze, i quali sono diversi da quelli delle citazioni. Se, per i termini relativi alle citazioni, non si computa nè il giorno della notificazione, nè quello della sua scadenza, ciò è appunto perchè questo termine viene così fissato con precisione nell' art. 1033 del Codice di procedura: » Il giorno della notificazione, vi si dice, *nè quello della scadenza,* non sono mai computati nel termine generale stabilito per gli aggiornamenti, le citazioni, intimazioni, ed altri atti *fatti alla persona o al domicilio* ». L' ordinanza del 1667, art. 6, tit. 3, aveva la stessa disposizione. La differenza tra i termini delle citazioni, e gli altri termini, è notata da Dunod, *delle prescriz.* part. 2, cap. 1, pag. 118. Il Codice di procedura, art. 157, dice che l' opposizione ad una sentenza non sarà ammissibile se non negli otto giorni, *a contare dal giorno della notificazione fatta al procuratore*. Quindi, non vi è che un solo giorno che possa esser messo fuori del termine degli otto giorni, che è quello della notificazione della sentenza, giacchè in tal caso non vi è nè *assegnazione* nè giorno di *scadenza.* Una sentenza essendo notificata il primo di luglio, l' opposizione si dovrebbe produrre il nove, e sarebbe tardiva se fosse fatta il dieci. Vi sono degli scrittori che, spiegandosi intorno alla questione, e comparando al termine relativo alla rinnovazione dell' iscrizione quello delle citazioni, diedero come massima *dies termini non computantur in termino*; Jousse è parimente di questo numero. Ma con ciò si viene a sovvertire tutte le idee; la vera massima è *computatur* ec., il che è ben differente.

La decisione della Corte reale di Colmar è fondata non solo sull' art. 2154 del Codice civile, ma ancora sopra gli art. 2260 e 2261, ove si dice: » La prescrizione si calcola a giorni, e non ad ore. Essa acquista, *quando è compito l' ultimo giorno del termine.* » Resulterebbe dall' applicazione de' due ultimi articoli, alla maniera con cui è fissato il termine nel caso di cui si tratta, se quest' applicazione fosse giusta, che sarebbe corso un più grave errore nella decisione della Corte reale di Parigi. Ella credè, come si è già veduto, che un' iscrizione presa il giorno 12 di maggio 1799, aveva potuto esser validamente rinnovata il 13 maggio 1809; e, secondo il modo di calcolare stabilito dalla Corte reale di Colmar, un' iscrizione di questa data avrebbe dovuta esser rinnovata il dì 11 maggio 1809. Ma la maniera di

calcolare adottata dalla Corte reale di Colmar è ella giusta? È forse bene il caso di determinarsi, nella specie, dietro gli art. 2260 e 2261? Io non lo penso.

Pothier, *Tratt. della prescriz.*, n.° 102, dicea che la durata dell'azione, quando si trattava d'un diritto reale, dovea esser computata nella maniera prescritta dall' art. 2260 del Codice civile. Egli pretendea che non era lo stesso quando trattavasi di un'azione personale esercitata da' creditori contra i loro debitori. Si possono leggere i motivi sopra i quali egli fondava questa distinzione. Io penso che ora non si dovrebbe adottare, dietro l'articolo 2261 del Codice, e specialmente dietro l' art. 2262, ove si dice che tutte le azioni, *tanto reali che personali*, sono prescritte col termine di trent' anni, ec. Questa disposizione ebbe per mira di far cessare le difficoltà che erano insorte anticamente su questo soggetto.

Ma qui non si tratta d'un'*azione*, d'un diritto che *si prescrive col termine di trent'anni*, o con un altro numero di anni. La mancanza della rinnovazione dell'iscrizione non porta con sè la decadenza dell'ipoteca; ma ne cambia solo il grado. La legge non fa che stabilire un termine nel quale questa rinnovazione deve aver luogo; e dall' articolo 2154 resulta che questa rinnovazione deve farsi nei dieci anni, a contare dal giorno della data dell' iscrizione. Ora, è quando la legge si spiega in questo modo, che non si è mai compreso nel termine il giorno, da essa stabilito, in cui il termine comincia a decorrere. L'avvocato generale, signor Talon, diceva che, relativamente al primo termine, che è quello *a quo*, quantunque la giurisprudenza fosse anticamente diversa, tutti i dottori hanno convenuto, *in questo punto, che la particola DAL, corrispondente alla preposizone A, è esclusiva dal giorno del termine, e, per conseguenza, che non deve intendersi compreso nel termine*; ma che relativamente al giorno *ad quem*, essi sono tutti restati di accordo che era compreso nel termine e ne faceva parte. Che resulta da questa idea? Che il giorno, da cui si computa, deve essere considerato come un limite, o un punto da cui si parte, che non bisogna comprendere nella durata del tempo stabilito. Niente vi è di più giusto, se si applica questa idea alla specie in questione. Senza dubbio, l'iscrizione rendesi efficace dal giorno nel quale vien presa; e la legge che dovesse aver il suo effetto nei dieci anni successivi, in modo che questo effetto cessa l' ultimo giorno di essi dieci anni. Ciò combina con quel che dice ancora Mornac, dietro Tiraqueau, sulla legge 1.ª dello stesso titolo del Digesto pocanzi citato: *Putatque diem termini, seu assegnationis, non computari in termino, quia de proximis sequentibus diebus intelligi semper debet.* Egli è ben detto nell' art. 2154:

» Il loro effetto cessa, se queste iscrizioni non sono state rinnovate avanti lo spirare di questo termine. » Ma questa parola, *avanti*, lascia sempre sussistere la questione di sapere se la legge comprende il giorno della iscrizione, nei dieci anni, o se non ce lo comprende. Non vi è differenza tra il modo di prefiggere il termine dell' opposizione ad un giudizio, e quello di cui si tratta; e, frattanto, l'opposizione, che non è accettabile se non negli otto giorni, a contar dal giorno della notificazione fatta al procuratore, è accettata il nono giorno. D' altronde, nel dubbio, la legge dovrebbe essere interpretata piuttosto nel senso della conservazione del diritto, che in quello della sua decadenza.

Così, io credo che si dovrebbe ammettere, che un' iscrizione de' 12 di maggio 1799, avrebbe potuto essere rinnovata con effetto il 12 maggio 1809, ma non già il 13. In parecchie circostanze, ed anche nell' opinione delle Corti, ho veduto che così appunto intendevasi il termine prescritto dall' art. 2154. Citerò in esempio un decreto della Corte di Bruselles, de' 20 di febbraio 1811, ed un altro dalla medesima Corte, de' 26 di giugno 1813. Non vi era però da giudicare una tal questione; ma pure vi si determinava la durata dell' iscrizione. Nel primo è detto: » Attesocchè l'iscrizione, di cui si tratta, è stata presa a'30 gennaio 1799, e che quindi il termine de'dieci anni, dalla sua data, non spirava che a'30 gennaio 1809. » Si vede, nel secondo, che un' iscrizione essendo stata presa il 17 dicembre 1800, i dieci anni, a contare dal giorno in cui fu presa, spiravano a' 17 dicembre 1810. Denevers, anno 1815, *Supp.* pag. 19 e 21.

I medesimi principj sono utili per determinare la durata dei due mesi dell'affisso enunciato nell' art. 2194; e se ne conchiude che i diritti provenienti dalla durata dell' affisso, si acquistano l'ultimo giorno de'due mesi che seguono quello in cui l' affisso fu fatto, il quale è il solo che non sia compreso nel termine. Nel computo di questo termine non deesi aver riguardo all' ineguaglianza del numero de' giorni che si possono trovare ne' mesi, nè al giorno intercalare dell'anno bisestile, nè alla distinzione de'giorni feriali o non feriali che si trovano nel corso del termine.

Ma ciò che vien d' esser detto sulla maniera di contare il termine de'dieci anni, sembrami suscettibile di una modificazione che la giustizia impone. È certo che non si può prendere alcuna iscrizione i giorni di domenica, o feriati. Il che viene dimostrato nel corso di questo Trattato. Ora, sopponiamo che l' ultimo giorno de'dieci anni, computandoli giusta le regole che ho sviluppate, cadesse in uno di detti giorni, questo giorno dovrebbe egli esser contato nel termine, in modo che la nuova iscrizione che sarebbe

presa l'indomani non desse il grado all'ipoteca che dal giorno della data dell'iscrizione? Io non lo penso, e credo che l'iscrizione presa all'indomani del giorno feriato, che sarebbe l'ultimo de'dieci anni, opererebbe la continuazione dell'effetto dell'antica iscrizione, e conserverebbe l'ipoteca alla data di questa stessa iscrizione.

Io fondo questa decisione sul motivo che mai s'imputava a negligenza quello che non potè esser fatto da una circostanza indipendente da colui che doveva agire. Sarebbe spinger troppo lontano la severità pretendendo che il creditore doveva prevedere questo inconveniente, e renderlo vittima della mancanza d'iscrizione prima di giungere il giorno feriato. Si esigerebbe allora che fosse fatto più che la legge non vuole. Si può rammentare, almeno per analogia, che le disposizioni delle ordinanze prescrivono, che quando una citazione cade in giorno feriato, il giorno in cui devesi comparire si rimette all'indomani.

Mi parrebbe difficile di non considerare il resultato di questa dissertazione come dovendo essere adottato. Questi antichi principj parrebbero dover essere seguitati, dacchè i nostri nuovi Codici non vi hanno derogato. Frattanto devo dire che, dopo, ho rimarcato che la Corte di cassazione aveva giudicato il contrario con un decreto del 17 giugno 1817. È stato deciso, che una iscrizione, fatta il 14 aprile 1799, avrebbe dovuto essere rinnovata avanti il 14 aprile 1809. Si comprende, dunque, quanto sia prudente di rinnovare un'iscrizione di maniera a evitare ogni difficoltà. È prudente ancora di rinnovare l'iscrizione avanti l'arrivo del giorno feriato col quale i dieci anni spirano. Le opinioni su questo punto sono divise.

Qual è l'epoca in cui l'iscrizione riceve il suo effetto, in caso di atti di espropriazione contra il debitore?

108. Vengo al secondo caso, da me preveduto, che concerne la espropriazione sul debitore dell'immobile gravato d'ipoteca. Si tratta di determinare quale è il punto della procedura di espropriazione in cui l'iscrizione allora esistente, perchè rimonti almeno a'dieci anni, adempie il suo fine, talchè il suo diritto sia irrevocabilmente acquistato, e che non abbia più bisogno di essere rinnovata. Questa determinazione è tanto più difficile, che la legge non è redatta in modo da allontanare ogni divergenza di opinioni all'oggetto, e che finora non v'è alcun decreto che abbia determinato, in un modo positivo, questo istante decisivo. Intanto un decreto della Corte di cassazione, de'25 aprile 1808, ha stabilito un savio principio, che deve

sempre servire di guida. Questo principio è, che la rinnovazione dell'iscrizione non è necessaria che nel caso in cui quest'iscrizione *non avesse prodotto il suo effetto legale prima dello spirare del termine di dieci anni*; ma che se, prima dello spirare di questo termine, il creditore ne ha fatto uso per stabilire la graduatoria o la sua proprietà d'ipoteca, riguardo agli altri creditori del comune debitore, allora la rinnovazione dell'iscrizione non può essere necessaria, nè utile, poichè in questo caso *l'iscrizione istessa non ha più oggetto*. Da questo principio, così stabilito, la Corte di cassazione ne ha dedotta la conseguenza che, in caso d'una vendita per espropriazione forzata, l'iscrizione ipotecaria produce il suo effetto *dal dì nel quale l'aggiudicazione dell'immobile è annunziata, e pubblicata con affissi stampati, mentre questi affissi debbono contenere lo stato delle iscrizioni esistenti sull'immobile al giorno del precetto*; giacchè, in seguito, è conformemente a questi affissi, ed al certificato del conservatore delle ipoteche, *enunciante tutte le iscrizioni esistenti sui beni alienati a questa istessa epoca*, che si stabilisce la graduatoria tra i creditori, e che si fa la distribuzione del valore degl'immobili aggiudicati.

Ma non si conoscerebbe perfettamente lo spirito di questo decreto, se si stesse a queste prime disposizioni. Nella specie del decreto, la procedura erasi di molto inoltrata: eravi stata una vendita degl'immobili, ed un processo verbale di graduatoria aperto a' 14 gennajo 1806, e significato a' 21 del medesimo mese. L'iscrizione impugnata era de' 27 ventoso anno 5 (19 marzo 1796). Ora, da quest'epoca, sino alla data dell'intimazione del processo verbale di graduatoria, non erano terminati i dieci anni. Di più il creditore iscritto erasi presentato nel giudizio d'ordine in virtù della sua iscrizione. Donde la Corte di cassazione deduceva ancora la conseguenza che il grado assegnato al creditore da quest'iscrizione *nel processo verbale di graduatoria*, ugualmente che l'anteriorità d'ipoteca che doveva resultarne, erano per lui i *diritti irrevocabilmente acquistati*. La Corte di cassazione si è dunque decisa su due circostanze, di cui l'una, che era la notificazione del processo verbale di apertura della graduatoria, poteva, e doveva egualmente essere più determinante dell'altra. D'altronde, bisogna osservare che, nella specie di questo decreto, si agiva d'una procedura di espropriazione, i di cui atti erano anteriori alla promulgazione del lib. 5 del Codice di procedura civile. Così, tutto quel che resta fermo, di questo decreto, è il principio che la rinnovazione dell'iscrizione non è più necessaria *allorchè ha prodotto il suo effetto legale*. Ma è sempre questione d'indicare questo punto.

La Corte di appello di Bruselles, con decisione de' 20 febbraio 1811,

lo aveva stabilito nell' adempimento dell' atto prescritto dall' art. 696 del Codice di procedura civile. Questo atto è di registrare all' uffizio della conservazione delle ipoteche, in margine del sequestro la notificazione prescritta coll' articolo precedente; e questa notificazione è quella ch' è stata fatta ai creditori iscritti nell' esemplare dell' affisso stampato, conformemente all' art. 684. Ma l' istessa Corte proferì inseguito una differente decisione a' 26 luglio 1813. Essa giudicò che il tempo al quale la iscrizione prendeva il suo effetto legale, era l' aggiudicazione della cosa ipotecata. Si può ancora dubitare se la Corte non abbia pensato che quest' istesso effetto legale non dovesse essere prodotto se non dal processo verbale col quale si apre la graduatoria, in cui il creditore iscritto avrebbe figurato. Si scorge subito che la decisione è fondata su ciò che » il diritto reale d' ipoteca non ha prodotto il suo effetto se non *colla vendita dell' ipoteca* che n' è la causa finale; dove resulta che, fino a tanto che la vendita non ha luogo, l' esistenza di questo diritto è sottoposta alle condizioni stabilite dalla legge ». Ma vi è in seguito un nuovo motivo, ed è che » la denunzia del sequestro che non caratterizza l' esercizio dell' azione ipotecaria, e non costituisce che una semplice formalità, non racchiude un contratto giudiciale fra i creditori iscritti, relativamente al loro grado respettivo in ordine d' ipoteca; *quale contratto esiste soltanto nel giudizio d' ordine che si apre dietro l' aggiudicazione definitiva* dell' ipoteca, per distribuirsene il valore tra tutti i creditori iscritti ». Conviene osservare che, nella specie della decisione, la notificazione dell' affisso ai creditori, ed il registro di questa notificazione nell' uffizio della conservazione delle ipoteche, avevano avuto luogo prima dello spirare dei dieci anni a contare dalla data dell' iscrizione: ma è soltanto dopo lo spirare di questo termine, che l' aggiudicazione era stata fatta, senza che la rinnovazione avesse avuto luogo talchè non si può ben conoscere se l' iscrizione venne annullata per questa ragione, o se lo fosse stata, anche nel caso in cui i dieci anni sarebbero spirati, dopo l' aggiudicazione, ma prima dell' apertura della graduatoria.

Nondimeno bisogna uscire da questi dubbj. Ora, io penso che l' oggetto dell' iscrizione è del tutto adempito col mezzo dell' aggiudicazione, dalla quale essa riceve tutto il suo effetto legale; in guisa che, se in tal' epoca, l' iscrizione non conta i dieci anni da quando venne presa, è del tutto inutile rinnovarla. È soltanto sino a quest' epoca che devesi mantenere col rinnovarla avanti dello spirare de' dieci anni. Fondo questa opinione sul principio stesso enunciato nella decisione de' 26 di giugno 1813, cioè che il diritto reale dell' ipoteca produce il suo effetto dalla vendita del fondo che

n'è gravato. Il fine dell'ipoteca è senza dubbio il pagamento del credito, o, in mancanza di pagamento, la vendita dell' immobile che gli è sottoposto. Quando dunque l' immobile è venduto, si è adempito lo scopo dell'ipoteca. L' ipoteca si cambia in azione sopra il prezzo, la quale azione è una conseguenza necessaria dell' aggiudicazione. Non si vede, dopo questa aggiudicazione, che non vi sia altro da fare per conservare l' ipoteca come un diritto reale sopra il fondo. Resta però l' esercizio dell' azione sopra il prezzo, secondo il grado dell' ipoteca, che rimane fissata colla data dell' iscrizione. Quest' azione dipende dall' effetto dell' iscrizione, giacchè la validità o invalidità dell'iscrizione deve esaminarsi all' epoca della graduatoria: ma l'azione non esiste meno, per la ragione che l' iscrizione, dal momento dell'aggiudicazione, rimane nella pienezza de' diritti da essa conferiti.

Ma questa pienezza di diritti non si potrebbe acquistare in forza del registro prescritto dall' art. 696 del Codice, come la Corte di appello di Bruselles l' avea sulle prime giudicato colla sua decisione del 20 febbraio 1811.

A dire il vero, è detto nell' art. 696, che dopo il registro che vi è prescritto, il sequestro non potrà essere levato che col consenso de' creditori, o in virtù di giudizj resi contro di essi. Ma da ciò non segue che il debitore sia liberato. Il contrario resulta dalla combinazione degli art. 693 e 694. Vi si vede che il debitore può sospendere tutti gli atti consegnando una somma bastante per saldare i creditori iscritti del capitale, co' frutti e le spese. Ma è detto che tale consegna non produrrà questo effetto, se non quando sarà fatta *prima dell' aggiudicazione*. La sola aggiudicazione priva il debitore del possesso. Questo si deduce da un decreto della Corte di cassazione, de' 6 di febbraio 1815.

Il diritto reale, dunque, dell' ipoteca sussiste sino all' aggiudicazione, e fin là deve essere conservata colle iscrizioni in vigore. La graduatoria, che si effettua in seguito, non aggiunge niente a' diritti già acquistati da' creditori. Essa non opera che la divisione del prezzo; regola gli effetti di questi diritti; ma questi stessi diritti prendono il loro fondamento in altro luogo che nella graduatoria; essi lo prendono nell' esistenza dell' iscrizione effettiva all' epoca dell'aggiudicazione. Non si concepisce dunque che sia necessario di rinnovare un'iscrizione, nella quale i dieci anni spirerebbero tra l'aggiudicazione e l'apertura della graduatoria, poichè l'aggiudicazione spoglia il debitore della proprietà; ed è, senza dubbio, superfluo prendere un'iscrizione sopra colui che non è più nè proprietario del fondo, nè debitore del prezzo, giacchè questo prezzo è dovuto dall'aggiudicatario. L' aggiudicazione investe l'aggiudicatario della

proprietà nel nome e nell'interesse dei creditori. Dal momento dell'aggiudicazione, l'immobile è liberato dall'ipoteca; ciocchè torna a quello che si dice nel diritto romano, *pignus luitur*. Tutti i diritti si convertono in azione sul prezzo. Loyseau, *dell' azione ipotec.*, lib. 3, n.° 18, dice che il migliore espediente che si sia trovato per *purgar le ipoteche* è stato *l' uso dei bandi e decreti*. Ora, l' aggiudicazione non è quella che, sotto l' antica legislazione, si chiamava *decreto*? Il *decreto* non era più la *graduatoria* di quello che non lo è l' aggiudicazione. Questa sola osservazione parrebbe decisiva.

Circa l'effetto del registro voluto dall' art. 696, ho veduto fare una differenza tra il creditore espropriante, e qualunque altro creditore iscritto non espropriante. Si pretendeva che almeno, relativamente al creditore espropriante, il suo diritto alla graduatoria in virtù della sua iscrizione, dovrebbe sussistere quand'anche i dieci anni della sua iscrizione spirassero dopo questo registro. Ma è impossibile stabilire, all'oggetto, alcuna ragionevole distinzione tra il creditore espropriante e gli altri creditori iscritti. Evvi una ragione ben semplice, cioè, che la qualità dell' espropriante non cambia la qualità di creditore. Il creditore espropriante, deve, come tutti gli altri, per presentarsi utilmente alla graduatoria, avere una iscrizione egualmente regolare ed attributiva degli stessi effetti. Quello che lo dimostra è, che un creditore, provvisto che sia d' un titolo autentico ed esecutorio, come rilevasi dall' art. 2215 del Codice civile, e degli art. 673 e 675 del Codice di procedura, può procedere, quantunque non iscritto, all' espropriazione contra il debitore. Il titolo, senza essere iscritto, ha sempre l' esecuzione parata (1).

Bisogna intanto osservare che se, dietro gli art. 692, 693 e 694, ci fosse, dal canto del debitore, una sufficiente consegna, tanto prima che dopo il registro prescritto nell' art. 696 (consegna i di cui esempj sono ben rari, se pure ve ne sono), allora l'iscrizione ottiene il suo effetto legale. Il fine dell' ipoteca sarebbe adempito, almeno relativamente alle iscrizioni che, all'epoca della consegna, rimontassero ai dieci anni: non potrebbe più esser questione di aggiudicazione; si tratterebbe soltanto di procedere ad una graduatoria. Ma, non essendovi questa consegna, l' iscrizione non ottiene il suo effetto legale se non coll' aggiudicazione; talchè fin là essa si dovrebbe mantenere colla rinnovazione.

Dopo di avere così trattato, e risoluto la questione, le raccolte di giu-

(1) Sopra i quattro decreti che ho citato, si può vedere Denevers, anno 1808, pag. 177, an. 1815, pag. 243, e al Suppl., pag. 19 e 21.

risprudenza hanno fatto conoscere un decreto della Corte dicassazio ne, del 31 gennaio 1821, che conferma i principj da me sviluppati. Vedi *Denevers*, all' anno 1821, pag. 160. Mi limito a riportarne i motivi. » Atteso 1.° che la disposizione di questo articolo (2154) è assoluta, e concerne essenzialmente l'ordine pubblico; che ne resulta che, fino a tanto che le iscrizioni non si sieno rese efficaci, debbono essere rinnovate nel termine prescritto; in mancanza di che, le parti che contrassero sotto la fede della perenzione, non potendo nè dovendo consultare se non il registro delle iscrizioni e delle rinnovazioni, per conoscere quelle che esistono, potrebbero essere indotte in errore, e divenir vittime della loro confidenza. Atteso 2.° che il sequestro degl'immobili, la sua denunzia al debitore pignorato, la trascrizione o il registro di questi atti alla cancelleria del tribunale ed all' uffizio della conservazione delle ipoteche, non danno alle iscrizioni nè una pubblicità, nè un effetto tale da adempiere lo scopo della rinnnovazione ».

Nel decreto non dicesi che l' iscrizione non si sarebbe resa efficace se non in virtù dell' aggiudicazione, e che la rinnovazione non avrebbe dovuta essere necessaria dopo, sino al processo verbale dell' apertura del concorso; ma, io penso che questo resulti bastantemente da ciò che ho già detto. D'altronde, la Corte di cassazione non aveva da giudicare tal questione: i dieci anni dell' iscrizione erano spirati prima dell' aggiudicazione. Ma ciò che importa osservare è, che la questione fu decisa in questo modo, quantunque i creditori, che vennero a soccombere, avessero loro stessi realmente sequestrato l' immobile.

È anche dopo di aver trattata la questione, e dopo aver fatta l'aggiunta che pocanzi si è letta del resultato del decreto della Corte di cassazione de' 31 gennaio 1821, che la raccolta di Sirey, anno 1821, parte 2, pag. 182, ha fatta conoscere una decisione della Corte reale di Parigi, de' 19 agosto 1820, la quale ha risoluta la questione coi medesimi principj che formano la base della dissertazione della quale ho creduto dovermi occupare. La redazione di questa decisione è estremamente accurata: tutti i suoi *considerandi* meritano di essere meditati. Per brevità, ne trascriverò soltanto due.

» Considerando che è unicamente nella graduatoria, e sopra l' estratto rilasciato allo espropriante di tutte le iscrizioni esistenti al momento dell'aggiudicazione, come prescrive l' art. 752 del Codice di procedura civile, che le iscrizioni producono il loro effetto legale e definitivo, coll' esame e discussione che subisce ciascuna iscrizione; come parimente è col concorso di tutti creditori iscritti, ed in conoscenza di causa, che il diritto di ciascuno

alla distribuzione, e suo grado nella medesima, sono allora irrevocabilmente fissati e regolati dal magistrato ».

» Considerando che, nella specie, l'iscrizione dell'agente del tesoro, in data de' 24 luglio 1806, non essendosi rinnovata prima dello spirare dei dieci anni dalla sua data, si è trovata perenta, e come se non fosse mai esistita *all'epoca della sentenza di aggiudicazione* de' 5 *febbraio* 1818, e dell'apertura del concorso, de' 15 maggio seguente; e che è in conformità della disposizione imperiosa e ben intesa della legge sulla rinnovazione delle iscrizioni, che i primi giudici hanno escluso dalla graduatoria il credito del quale l'agente giudiciario del tesoro domandava la collocazione, ec ».

In fine, dopo quanto si è detto, mi è pervenuto a notizia un decreto della Corte di cassazione de' 9 agosto 1821, che ha rigettato il ricorso prodotto contro la decisione della Corte reale di Parigi, de' 19 agosto 1820. Ved. *il continuatore* di Denevers, anno 1821, pag. 495.

Il decreto della Corte di Cassazione è importantissimo; e per ben penetrarsi de' principj che ha stabiliti, e delle osservazioni di cui è suscettibile, è indispensabile di riportargli qui: » Considerando che l'art. 2154 del Codice civile prescrive, che cessa l'effetto delle iscrizioni ipotecarie, se non sono rinnovate nei dieci anni; che questa legge tiene all'interesse generale ed all'economia del sistema ipotecario francese, circa la pubblicità delle ipoteche, la quale non può resultare che dal registro del conservatore, e dalle iscrizioni inscritevi; che parimente non trovasi ne' nuovi Codici alcuna eccezione, in forza della quale i creditori iscritti sieno dispensati dall'obbligo della rinnovazione, quando il termine spira dopo il sequestro dello stabile denunziato al sequestrato, il registro di esso all'uffizio della conservazione delle ipoteche, e la notificazione degli affissi a' sopraddetti creditori; ne viene la conseguenza che ogni creditore legalmente soggetto all'obbligo d'iscrivere, il quale si presenta al concorso con una iscrizione non rinnovata nel termine legale, non può appoggiarsi con questa iscrizione come titolo valido ed efficace; — E *atteso* che non si può ragionevolmente sostenere, che gli atti di procedura di cui si è parlato, e principalmente la notificazione degli affissi fatta ai creditori iscritti prima che fossero spirati i dieci anni, produca una specie di contratto giudiciale fra essi in favore del quale la prescrizione sia stata interrotta, e la rinnovazione sia divenuta inutile; poichè in atti di tal natura altro non può ravvisarsi se non delle formalità preliminari per la vendita dei beni; ed è evidente che nè la trascrizione dell'atto del sequestro all'ufficio

della conservazione delle ipoteche, nè la notificazione degli affissi produr possono un riconoscimento del diritto reale d'ipoteca, e del grado di ciascuno dei creditori a'quali vien fatta la notificazione;—*Atteso* che la discussione e vera contestazione della lite su questi punti non cominciano che dall'apertura del concorso, epoca in cui ciascuno dei creditori deve presentar dei titoli regolari; — *Atteso*, finalmente, che consta in fatti che l'agente del Tesoro si è presentato al concorso con una iscrizione già perenta all'epoca della sentenza di aggiudicazione, de 5 febbraio 1818, e dell'apertura del concorso, de' 15 maggio seguente; — *Rigetta* ».

Se ben si riflette alla disposizione di questo decreto, si resterà convinto che altro non ne deriva, come dal decreto della stessa Corte de'31 di gennaio 1821, se non che la trascrizione del sequestro reale, e parimente quella della notificazione dell'affisso indicante la prima pubblicazione dei capitoli di vendita, non dispensano dalla rinnovazione decennale dell'iscrizione. Ma, questi decreti, come l'osserva l'autore della raccolta, sull'ultimo del 9 agosto 1821, non fanno conoscere d'una maniera assai precisa il momento ove una iscrizione ipotecaria deve esser reputata di aver prodotto il suo effetto, e in cui cessa per conseguenza l'obbligo che il creditore ha di rinnovarla. La Corte di cassazione non aveva a giudicare che la iscrizione avesse ottenuto il suo effetto legale al momento dell'aggiudicazione, poichè, nella specie di cui si occupava, i dieci anni a contare dal dì della iscrizione che il Tesoro avea presa, erano spirati nel tempo intermedio fra la notificazione dell'affisso, e quello dell'aggiudicazione. Si deve dunque conchiudere, che rimane tuttavia indecisa la questione di sapere se la aggiudicazione è o nò il termine nel quale non vi è più bisogno di rinnovare l'iscrizione. Ciò non ostante, sono i soli decreti della Corte di cassazione che ci fan rimanere nella incertezza; poichè, dietro la decisione della Corte reale di Parigi de' 19 agosto 1820, sembrerebbe che all'istante dell'aggiudicazione finisse l'obbligo della rinnovazione. Or, secondo i motivi che ho già esposti, e fino a che una giurisprudenza costante non siasi stabilita su questo soggetto, io credo dover persistere sulla fissazione di questo termine; in guisa che la rinnovazione più non si rende necessaria nell'intervallo dell'aggiudicazione e l'apertura del concorso.

Vero è che l'autore della raccolta, da cui ho attinta la decisione dei 9 di agosto 1821, non crede doversi sottoporre a questa decisione. Ma noi non saprebbamo adottare i motivi che vi espone. Suppone egli non potersi fare la graduatoria, che molto tempo dopo l'aggiudicazione; e crede, in questo caso, assai straordinario che i creditori possano presentarsi

alla graduatoria con iscrizioni che rimontano a più di un decennio. Se egli è vero, come credo averlo stabilito, che dal momento dell'aggiudicazione l'esercizio dell'ipoteca è finito; che la graduatoria è una conseguenza, un'esecuzione dell'aggiudicazione; e che si fa dietro lo stato delle cose esistenti dal momento dell'aggiudicazione, e dietro i diritti respettivamente acquistati in quel tempo: se tutto questo è vero, io dico non esservi nulla di straordinario.

Il mio lavoro era in questo stato, e questo paragrafo terzo essendo sotto il torchio, allorchè la Corte reale di Riom, 1.ª *camera civile*, all'udienza de' 4 marzo 1822, dopo matura deliberazione ha pronunziata una decisione che tratta la questione in massima.

Ecco la specie della decisione: Giuseppe Vacher aveva subito una espropriazione dei suoi immobili ad istanza degli eredi Flat. L'iscrizione di questi eredi, su i beni del loro debitore, era de' 7 di settembre 1807. L'aggiudicazione dei beni ebbe luogo a' 3 febbraio 1817. Allora questa iscrizione era in vigore, poichè non sarebbero scorsi dieci anni prima del giorno 7 settembre 1817. Ma già i dieci anni erano decorsi prima di aprirsi la graduatoria, senza che la iscrizione si fosse rinnovata.

Allorchè si fu al punto di procedere alla graduatoria, Antonietta Touset, moglie di Giuseppe Vacher, vi si presentò, e chiese di esser collocata colla data del suo contratto di matrimonio, de' 30 piovoso anno 8, per le sue competenze, delle quali alcune erano dotali, altre parafernali. (I coniugi eransi maritati sotto il regime dotale.) Gli eredi Flat furono oppenenti alla collocazione che erasi fatta dai primi giudici in vantaggio della signora Vacher per le sue competenze stradotali, in preferenza dei loro crediti. Essi sostennero che, per diritti di tal natura, la donna maritata andava soggetta alla formalità della iscrizione; e che non poteva essere esente dalla iscrizione se non per la dote e convenzioni matrimoniali. Questa donna aveva presa iscrizione tanto pei suoi diritti dotali, quanto per gli stradotali; ma ciò ebbe luogo solo nel mese di novembre dell'anno 1821, all'istante in cui facevasi l'apertura della graduatoria. Or, una tale iscrizione mancava di efficacia, come essendo tardiva in confronto di quella degli eredi Flat, giacchè questa era de' 7 di settembre 1807. La sposa Vacher stabilì, come mezzo principale della sua causa, che l'ipoteca legale delle mogli esisteva indipendentemente da ogni iscrizione, sì per i diritti dotali che per gli stradotali, o parafernali; il che fu causa di una discussione animatissima. Ma innanzi alla Corte ella sostenne, per neutralizzare l'effetto dell'anteriorità della iscrizione degli eredi Flat, che questa iscri-

zione doveva considerarsi come se non fosse mai esistita, perchè era perenta: sostenne che era indifferente che fosse stata in vigore a' 3 di febbraio 1817, epoca dell'aggiudicazione; che, per la perdita del suo effetto, bastava che, al momento dell'apertura della graduatoria, risalisse a più di dieci anni, senza essersi rinnovata. Questo sistema di difesa fece nascere una seconda questione, egualmente importante.

Queste due questioni furono giudicate con una stessa decisione. La dispositiva della decisione, relativa alla prima questione, la riporto nel cap. 3 di questa prima parte, ove tratto delle *ipoteche legali*; ed atteso l'importanza della seconda questione, di cui si tratta attualmente, trascrivo qui i motivi della decisione che la riguardano.

In ciò che concerne la seconda questione insorta sull'appello, che è di sapere se l'iscrizione presa dagli eredi Flat su i beni di Giuseppe Vacher, il 7 settembre 1807, debba dichiararsi come non avvenuta, atteso che era perenta all'opera dell'apertura della graduatoria; Considerando che intorno a questa materia evvi una massima costante, stabilita dai decreti della Corte di cassazione, che la rinnovazione della iscrizione diventa inutile dall'istante che ha conseguito il suo effetto legale;—Considerando che, allorchè si tratta di espropriazione dei beni del debitore, la iscrizione ha conseguito il suo effetto legale dall'istante della aggiudicazione; e che l'esercizio dell'ipoteca, per parte dei creditori, devesi portare fino a quel punto;—Che, in fatti, l'unico scopo dell'ipoteca è la vendita giudiciale sull'espropriazione; che, dall'istante di questa vendita, l'immobile è purgato da tutte le ipoteche, le quali si cangiano in tante azioni sul prezzo;—Che la graduatoria per la distribuzione di questo prezzo, in qualunque epoca avvenga, altro non è se non la esecuzione dell'aggiudicazione dopo della quale tutto è compiuto;—Che se, all'epoca della graduatorìa, si tratta di determinare l'ammontar dei crediti, questa determinazione si fa dietro i diritti acquistati da ciascuno dei creditori all'istante dell'aggiudicazione, dopo della quale questi diritti sono immutabilmente stabiliti; — Che non si vede il bisogno di iscriversi contra un debitore che ha finito di essere proprietario dell'immobile ipotecato, il quale è passato in testa dell'aggiudicatario, che n'è il proprietario in nome e per parte dei creditori, i quali devono e non possono che dividersene il prezzo;—Atteso, finalmente, che, essendo l'aggiudicazione de' 3 febbraio 1817, l'iscrizione degli eredi Flat era allora in vigore, perchè data del 7 settembre 1807, ec. »

Una iscrizione, che fosse stata presa per la prima volta dopo l' aggiudicazione, diverrebbe senza effetto.

109. Da quanto si è detto resulta che l' iscrizione, presa per la prima volta da un creditore, sarebbe tardiva laddove si prendesse dopo l' aggiudicazione. L' esercizio di tutti i diritti reali d'ipoteca termina dall' istante dell'aggiudicazione, e non può esserlo che in favore de' creditori iscritti a quest' epoca ed esclusivamente da tutti gli altri. Il fondo diventa proprietà de' creditori iscritti, salvo la repartizione del prezzo fra essi, non potendosi dividere l' immobile. Non si può prendere una iscrizione contra il debitore, per ragione dell'eredità aggiudicata, poichè esso non ne è più il proprietario, come l' ho di già detto. Quando trattasi di vendita volontaria, la trascrizione (salvi i quindici giorni prescritti dall'art. 334 del Codice di procedura) purga le ipoteche non iscritte prima; e come non sarebbe lo stesso dell'aggiudicazione? Ella porta seco contemporaneamente e la perdita della proprietà contro il debitore, e la purgazione delle ipoteche non iscritte. È per effetto di questa idea che, quando dalla sezione legislativa del Tribunato fu fatta la discussione dell'art. 752 del Codice di procedura civile, nel quale prescrive che la parte istante farà spedire dal giudice commissario un'ordinanza colla quale sarà aperto il processo verbale di graduatoria, al quale dovrà essere unito un estratto rilasciato dal conservatore delle ipoteche contenente tutte le iscrizioni esistenti, quella sezione voleva che, alla parola *esistenti*, si aggiungesse queste altre *all' istante dell' aggiudicazione*, per rammentare, essa diceva, che dietro l'aggiudicazione non può esservi iscrizione utile. Quest' addizione non fu rigettata. Il seguito della discussione c' insegna che la sezione del Tribunato, credendo di migliorare la legge, aveva proposto otto nuovi articoli, in uno dei quali (art. 776 *quinque*) era l'addizione della quale ho parlato: « Saranno collocati in terzo grado, e coll'ordine delle loro iscrizioni, i crediti ipotecarj, *purchè le iscrizioni sieno state prese prima dell' aggiudicazione.* » La proposizione di questi articoli veniva preceduta da osservazioni, che servivano di sostegno a' medesimi; l' addizione è giustificata, e l' oratore del Tribunato l'erige, nel suo discorso, in massima. Egli ci dimostra perchè le addizioni proposte dal Tribunato non divennero altrettante disposizioni legislative. Non perchè non fossero giuste; ma perchè potevano cagionar una superfluità capace di far nascere degli errori nella loro applicazione. « Allorchè si tratta di certe questioni, ci diceva, soggette alle ipotesi ed alle circostanze che

possono variare all' infinito, una troppo previdenza del legislatore potrebbe farlo cadere *in ingiuste limitazioni.* Allora la legge è tanto più migliore, che lascia ai tribunali una certa latitudine per l' applicazione delle regole fondamentali che non possono ignorarsi (1) ». Infatti, non vi ha niente di più giusto in una infinità di casi, e specialmente in quello di cui si tratta. Vi sarebbe stato dell' inconvenienza a inserire nell' art. 752 le parole, *al momento dell'aggiudicazione.* Una disposizione, così assoluta, avrebbe fatto presumere la necessità di una iscrizione esistente in quel tempo, per ogni qualsiasi ipoteca, e fin anche per le ipoteche legali esenti dall' obbligo della iscrizione; mentre chiaro si scorge aver io, per queste ipoteche, inteso far eccezione alla regola da me stabilita. Queste iscrizioni possono trovarsi utilmente prima della graduatoria. L' aggiudicatario, come l' acquirente volontario che ha trascritto, può anche provocarle prima che si faccia la graduatoria, come lo sviluppo in altro luogo. In una materia così complicata, bisogna fare, rispetto a molti articoli, un' applicazione distributiva delle regole, secondo le circostanze e differenze delle ipotesi. Alcuni articoli contengono dei principj particolari, e conviene conciliarli con quelli che offrono de' principj generali.

Le difficoltà intorno a' due numeri precedenti sono tali, che fanno desiderare una disposizione legislativa.

110. Mi sono bastantemente esteso a discutere le due questioni che formano la materia de' due numeri antecedenti, e che si riferiscono allo stesso principio. Queste due questioni ne erano suscettibili. Non posso pertanto persuadermi di aver data una soluzione sicura. I progressi della giurisprudenza sono giunti al punto da stabilire che l'iscrizione non produce il suo effetto legale col registro voluto dall' art. 696 del Codice di procedura: ma essa non somministra bastanti documenti per determinare se il momento in cui questo effetto legale si ottiene, sia quello dell'aggiudicazione, o quello dell' apertura del giudizio di graduatoria. Il Tribunato emise il parere, che questo momento doveva essere quello dell' aggiudicazione: ma la legge non ha eretto in massima questo parere, senza che paia nonostante averlo rigettato.

Si può anche aggiungere una nuova riflessione, cioè, che il giudizio di

(1) In tutto ciò che si è detto, vedi l'eccellente opera del sig. Locré, *Spirito del Codice di procedura*, tom. 3, su gli art. 752 e 755.

aggiudicazione può essere impugnato col mezzo dell' appello, per il quale si han tre mesi di tempo, come nei casi ordinarj. È possibile che il giudizio sia annullato; e si concepisce che, da queste circostanze che mi sembrano non essere state previste, le difficoltà si aumenterebbero ancora. Perchè, nell'intervallo, più o men lungo, che può passare fra l'aggiudicazione e il decreto che pronunzia l' appello, ed altresì fra una prima ed una seconda aggiudicazione, se la prima fosse annullata, i dieci anni nei quali sarà stata presa un' iscrizione possono spirare. Sembrami che per esser conseguente al principio ammesso, che l'aggiudicazione è il termine in cui l' iscrizione ottiene il suo effetto legale, converrebbe dire che, nel caso di appello dalla sentenza di aggiudicazione, e se, per effetto di un tale appello la sentenza venisse annullata, quest' effetto legale non si otterrebbe che al momento dalla seconda aggiudicazione. La ragione si è, che l'appello sospende l'esecuzione, e che l'annullamento dee far considerare la sentenza annullata, come non dovendo produrre niun effetto, ed anche come non essendo mai esistito. Frattanto, si dovrebbe dire che, se la sentenza di aggiudicazione venisse confermata sull' appello, e quando i dieci anni d' una iscrizione, tra la sentenza di aggiudicazione e quella che la conferma, fossero spirati, la iscrizione otterrebbe il suo effetto legale fin dal momento della sentenza di aggiudicazione. Deriverebbe questo dal principio generale, che la conferma di una sentenza, impugnata coll'appello, ha un effetto retroattivo al giorno medesimo della sentenza confermata.

Ma queste non sono che opinioni. L'interesse personale farà insorgere sempre delle divergenze d' opinioni; ed io non posso tenere occulto il desiderio che, se mai la legge dovesse rivedersi, una disposizione legislativa stabilisca il punto nel quale la iscrizione adempia il suo scopo ed ottenga il suo effetto legale; se questo punto è o l' atto annunziato dall' art. 696 del Codice di procedura o la sentenza di aggiudicazione, o in fine il processo verbale d' apertura della graduatoria. Non mi è intanto permesso di altro dire, se non che la prudenza richiede che i creditori mantengano in vigore le iscrizioni fino a quest' ultima epoca (1).

(1) Io devo frattanto osservare che quando desideravo l'intervento dell'autorità del legislatore, io era abbandonato alle mie riflessioni scrivendo la dissertazione che trovasi al n.° 108. Fu soltanto dopo questa dissertazione, che conobbi i decreti della Corte di cassazione, dei 31 gennaio 1821, e 9 agosto seguente, come quello della Corte reale di Parigi del 19 agosto 1820, di cui ho fatto menzione in seguito a questa dissertazione. Non è parimente stato che dopo, che fu emesso il decreto della Corte reale di Riom, del 4 marzo 1822. Si può fare che le difficoltà non siano più tanto considerabili, dopo questi decreti; nonostante sono ancora molto imbarazzanti per lasciare desiderare che vengano appianate con l'autorità del legislatore.

Un particolare può egli conferire l' ipoteca sopra immobili sequestrati, dopo essergli stato denunziato il sequestro?

111. In tutto ciò che ho detto sulla questione di sapere quale è il punto in cui non si può più prendere un' iscrizione efficace, o dell' atto enunciato nell' art. 696 del Codice di procedura, o dell'aggiudicazione, o, infine, del processo verbale d'apertura del concorso, io supponeva che il titolo costitutivo, dell' ipoteca era anteriore al sequestro dell' immobile. Ma questa discussione conduce ad un' altra questione importante: essa consiste in sapere se, dietro un sequestro d'immobili, e dietro la denunzia di questo sequestro al debitore, possa questi conferire un' ipoteca, e se il creditore possa validamente fare iscrivere questa ipoteca.

La sede della difficoltà trovasi nell' art. 692 del Codice di procedura. Ivi è detto: « La parte sequestrata non può, a contare dal giorno della denunzia ad essa fatta del sequestro, alienare gl' immobili, sotto pena di nullità, e senza che sia bisogno di farla pronunziare. » Si può quest' articolo ravvicinare coll' art. 2124 del Codice civile, il quale porta che non possono esser consentite l' ipoteche convenzionali se non da quelli che hanno la *capacità di alienare* gl' immobili che vi sottomettono. Da questo ravvicinamento si può concludere che il sequestrato, il quale trovasi nel caso accennato dall' art. 692 del Codice di procedura, è privo della facoltà di ipotecare il fondo sequestrato, per la ragione che manca di quella di alienarlo, l' una di queste facoltà dovendo esser subordinata all' altra.

Una prova che tale questione presenta delle difficoltà si è che, gli autori a me noti, che l' hanno trattata, sono divisi di opinione. Il signor Tarrible *Rep. di giurisp.*, alla voce *Sequestro immob.*, §. 6, art. 1, n.° 14, pare supporre che il debitore sequestrato può ipotecare; che questa nuova ipoteca non nuoce ai creditori che resterebbero come creditori chirografarj, e che non devono venire che per contributo, poichè il diritto loro sarebbe sempre stato il medesimo avanti come dopo questa nuova ipoteca, non cangiando mai la loro qualità di creditori. Il signor Delaporte, tom. 2, pag. 299, parlando dell'art. 692, osserva che la parola *alienare*, vi è presa nel proprio suo significato, vale a dire, che non esprime altro che il trasporto della proprietà. Il sig. Pigeau, tom. 2, pag. 219, è del medesimo parere. Ma il sig. Carré, la cui opinione è al certo di un gran peso, è di contrario avviso. Secondo il di lui sentimento, l' art. 692 del Codice di procedura, nell' interdire al sequestrato il diritto di alienare, gl' interdice, per la stessa ragione,

il diritto d'ipotecare. Egli si fonda sull'art. 2124 del Codice civile, che assimila perfettamente l'ipoteca convenzionale alla vendita volontaria. Si fonda ancora sull'art. 2146 dello stesso Codice.

Io non saprei approvare l'opinione del sig. Carré. Quanto all'art. 2146, egli mi sembra inapplicabile alla specie. Quest'articolo non è relativo che ai falliti; non si può al certo paragonare un debitore sequestrato ad uno che è stato dichiarato fallito: vi è una gran distanza dall'un dall'altro. In rapporto all'argomento che si desume dall'art. 2124, io non lo credo giusto. Nel numero 31 e seguenti del presente Trattato, ho professato la massima in conformità di questo articolo 2124, e delle leggi romane, cioè che la facoltà d'ipotecare era una conseguenza di quella di alienare; ma in quale senso mi sono io spiegato? È principalmente nel senso della *capacità* relativa alle persone, tali che i minori, gl'interdetti, e le donne maritate. Ma fuori dalle questioni concernenti questa capacità, ed allorchè vien dimostrato che il legislatore ha voluto prendere il vocabolo *alienare* nel suo proprio ed assoluto significato, astrazion fatta dal vocabolo *ipotecare*, bisogna allora esaminare e valutar la legge in un'altro punto di vista. Ora, mi parrebbe indubitato che, in questa parte, l'art. 2124 non può servire di commentario all'art. 692 del codice di procedura. Senza dubbio, nel considerare la interdizione di alienare, come riguardante la cosa in massima generale, diviene certo che la facoltà d'ipotecare è l'istesso. Quindi, le cose che non sono in commercio, o che non appartengono alla persona che si obbliga, non possono essere ipotecate: ma questo non si può dire del debitore sequestrato: egli è sempre il proprietario. Se è dimostrato che, in un dato caso, la legge lo priva della facoltà di alienare, per ragioni estranee alla facoltà d'ipotecare, bisogna restringere la interdizione al caso particolare, che è stato l'oggetto dell'attenzione del legislatore, e non estenderla ad altre.

Or, non vi è dubbio che, se l'art. 692 ha interdetto la vendita convenzionale del fondo sequestrato, ciò avviene solamente perchè questa vendita arresterebbe una procedura già cominciata senza che il debitore si fosse liberato dal debito, e che spesso converrebbe ricominciarne una nuova contra l'acquirente, che, per parte sua, potrebbe anche sospendere un nuovo sequestro, rivendendo il fondo ad un altro; il che moltiplicherebbe all'infinito le procedure, e in conseguenza le spese. Ciò è tanto vero, che, se il debitore o l'acquirente pagano tutti i creditori iscritti, o depositano la somma dei crediti iscritti, la vendita, quantunque fatta dopo la denunzia del sequestro, non è meno valida. Tutto questo allontana l'applicazione dell'art. 2124.

D'altronde, i motivi, che hanno determinato il legislatore a togliere al debitore il diritto di alienare il fondo sequestrato, non esistono per far interdire una costituzione d'ipoteca, che non è di ostacolo al corso della procedura nell'espropriazione forzata, e che non lede i diritti dei creditori iscritti. Per quel che riguarda l'interesse dei creditori chirografarj, il legislatore non poteva averli in mira nell'art. 692, poichè, a norma degli articoli seguenti, la vendita del fondo gravato è valida, anche dietro la denunzia, purchè i creditori iscritti sieno pagati.

Finalmente, ciò che, nel linguaggio della legge, prova compiutamente che la interdizione di alienare non produce sempre, e necessariamente, l'interdizione d'ipotecare, si è che, secondo l'art. 443 del Codice di commercio, le ipoteche date dal fallito, nei dieci giorni precedenti l'apertura del fallimento, sono nulle di pieno diritto; e che, secondo l'art. 444 dello stesso Codice, le alienazioni d'immobili, fatte nella stessa epoca, sono soltanto suscettibili di essere annullate per causa di simulazione e di frode.

Frattanto, potrebbe impugnarsi la costituzione dell'ipoteca, data da un debitor sequestrato, dopo la denunzia del sequestro, se fosse ben certo che egli si trovi in uno stato di decozione, o che vi sieno circostanze di dolo o di frode: e, a questo motivo, mi serve di rinviare a quel che dico nel paragrafo seguente sullo stato di *decozione* in opposizione a quello di fallimento. Ma qui tratto la questione nel punto di diritto, senza darmi carico delle circostanze.

Dopo aver dato questa decisione, ho conosciuto il decreto della Corte reale di Parigi, de' 19 di agosto 1820, che ho citato in aggiunta alla dissertazione che si legge al n.° 108. Questo importante decreto giudica che la iscrizione debba essere mantenuta colla rinnovazione, fino all'aggiudicazione, che segue l'espropriazione forzata. E questa decisione ha portato, nei motivi del decreto, un'indicazione di principj, che servono di appoggio alla mia opinione. » Considerando, vi si dice, che il sequestro degl'immobili, e la denunzia che n'è fatta al debitore, non distruggono il diritto di proprietà di questo debitore, ma modificano soltanto il libero esercizio del suo diritto; che egli conserva sempre la facoltà *di prendere ad imprestito*, *d'ipotecare*, ed anche di alienare validamente l'immobile sequestrato, se, prima dell'aggiudicazione, l'acquirente consegna, ai termini dell'art. 693 del Codice di procedura civile, una somma sufficiente per saldare i creditori iscritti nel momento dell'alienazione ».

Quale è l'epoca in cui la rinnovazione della iscrizione diviene inutile, nel caso di una vendita volontaria seguita dalla trascrizione?

112. Vengo ora all'esame della terza questione da me annunziata nel n.° 106. Essa riguarda i casi della vendita volontaria dell'immobile gravato di ipoteca, seguita dalla trascrizione per parte dell'acquirente.

Si caderebbe in un errore assai grave, se si volesse paragonare, circa gli effetti, la trascrizione del contratto di vendita alle lettere di ratifica, che erano in vigore sotto l'editto del 1771. Le opposizioni esistenti, allorchè dovevansi sigillare le *lettere di ratifica*, divenivano irrevocabilmente efficaci. Queste lettere non erano sigillate che col peso di tali opposizioni, e siffatte opposizioni convertivansi in azioni sopra il prezzo.

Bisogna, quindi, fare attenzione che, sotto questo editto, gl'incanti, quando ve n'erano, precedevano le lettere di ratifica; ed, in questo caso, il maggiore offerente, che non fosse stato l'acquirente, facevasi autorizzare dal tribunale per ottenere in di lui nome le lettere di ratifica. Allora non si trattava più che di consegnare. Ma non è il medesimo nei principj della legislazione stabiliti dal Codice civile. La trascrizione, secondo l'articolo 2182 di questo Codice, non è che un atto preparatorio per pervenire alla purgazione delle ipoteche. Da quanto si è detto si può restar convinti, paragonando gli art. 6 e 7 dell'editto del 1771 coll'articolo 2182. La trascrizione non cambia lo stato delle cose, che esistevano avanti, in questo senso che l'acquirente non è più obbligato di soddisfare i crediti iscritti di quello che lo era prima; mentre che, sotto l'editto del 1771, il sigillo delle lettere, e le opposizioni ch'esse producevano, costituivano un contratto tra i creditori opponenti e l'acquirente, o il maggiore offerente, in caso di incanto. Intanto, la trascrizione porta l'effetto di sospendere il corso delle iscrizioni, o, almeno, di limitare questo corso allo spirare de'quindici giorni; e, sotto questo rapporto, si dice che la trascrizione purga le ipoteche, per le quali non vi è stata iscrizione prima della trascrizione, o nei quindici giorni dopo. Ma ciò è estraneo alle iscrizioni che esistono all'epoca della trascrizione, o allo spirare dei quindici giorni. Riguardo a queste iscrizioni, bisogna uno stato di cose ben diverso da quello che resulta dalla semplice iscrizione, perchè si formi un contratto fra l'acquirente e i creditori iscritti, e ne resulti l'inutilità di una rinnovazione d'iscrizione. Or, questo nuovo stato di cose non potrebbe resultare che dalla notificazione, che sarebbe stata fatta dall'acquirente a'creditori iscritti, del contratto di vendita, e della

trascrizione, secondo l'art. 2183. Tale è l'opinione del sig. Persil *Reg. ipot.*, art. 2154, n.° 4 e 5, e del sig. Battur, *Tratt. delle ipot.* tom. 1, pag. 459. Questo ultimo, di cui riporto le parole, dice: « Se, in vece di denunziare l'acquisto fatto ai creditori iscritti, l'acquirente si è limitato a trascriverlo, la posizione de' creditori iscritti non si cambia. Fintantochè il certificato dell'iscrizione non viene rilasciato, e la *denunzia non è fatta*, l'iscrizione dev' essere rinnovata, e nell' interesse del *terzo acquirente*, e in quello de' *creditori*, poichè gli uni e gli altri potrebbero credere che questa iscrizione è irrevocabilmente annullata, e che il medesimo conservatore non sarebbe obbligato di inserirla nello stato delle iscrizioni esistenti. La perenzione ne potrebbe dunque essere opposta, sia da' *creditori iscritti*, sia dal *terzo acquirente* ».

Io sò che molte persone, e in Parigi più che nelle provincie, credono che la rinnovazione dell' iscrizione è inutile, esistendo in tutto il suo vigore all' epoca della trascrizione, quantunque i dieci anni spirino fra questa trascrizione e la notificazione a' creditori. Taluni fanno una distinzione tra il caso nel quale siavi stato concorso di creditori iscritti, dei quali alcuni hanno fatto perimere le loro iscrizioni, ed altri le hanno mantenute con la rinnovazione; ed il caso nel quale non vi è che un solo o più creditori, di cui l'iscrizioni esistevano all' epoca della trascrizione, e che essi fecero perimere senza il concorso d' altri creditori; in modo che l' acquirente si trova soltanto in faccia di questi ultimi creditori. Nel primo caso si conviene che, allorchè vi è una notificazione per parte dell' acquirente, i creditori iscritti, all' epoca di questa notificazione, devono avere, soli, diritto al prezzo, esclusivamente ai creditori, le di cui iscrizioni sarebbero perente in quel tempo. Ma si sostiene che, quando non vi fosse stata notificazione, e quando non vi restano che creditori le di cui iscrizioni sono perente prima che questa notificazione abbia luogo, i creditori malgrado questa perenzione conservano sempre un diritto di espropriazione sopra gli immobili. Si dice che in tal caso l'acquirente resta obbligato in faccia a questi creditori, giacchè egli ha conosciuto, o dovuto conoscere le iscrizioni, e che non ha quindi potuto liberarsi, verso il debitore che ha venduto, in danno di queste iscrizioni.

Ma tutte queste idee non possono conciliarsi con i principj della materia.

Relativamente a' creditori tra loro, ed in ordine a' loro rispettivi interessi, la questione non è suscettibile di dubbj. La preferenza tra questi creditori non può in altro modo regolarsi che colle iscrizioni che hanno acqui-

stato il loro effetto legale. Ora, se le iscrizioni sono in vigore al tempo delle notificazioni per parte dell'acquirente, esse hanno acquistato il loro effetto legale. Ciò che produce l'effetto legale, è il contratto che si fa allora tra l'acquirente e i creditori iscritti.

Ma se le iscrizioni, perente al tempo delle notificazioni, non possono produrre alcun effetto relativamente a' creditori, le di cui iscrizioni sono in pieno vigore all'epoca di dette notificazioni, esse non possono avere più effetto rispetto all'acquirente che non certifica. Esse non lo legano in verun modo; e non saprebbero impedirgli di liberarsi, se non esistono pignorazioni e sequestri nelle sue mani, di quello che potrebbe esser da lui dovuto. Talchè egli non può esser perseguitato per un diritto reale sopra il fondo, giacchè questo diritto più non esiste dall'istante della perenzione delle iscrizioni.

Onde restar convinto di tal verità, basta rimontare ad un principio assai semplice ed altrettanto certo; ed è che non esiste ipoteca, propriamente detta, e quindi diritto reale sopra il fondo, se non allorquando l'ipoteca ha avuto il suo effetto dalla iscrizione. Se è questione di agire contra un terzo detentore che non vuole trascrivere, onde per venire alla purgazione delle ipoteche, i creditori possono costringerlo a pagare, o rilasciare, il fondo, mediante l'intimazione che possono farli, secondo gli art. 2169 e 2183. Ma questo diritto appartiene ai soli creditori iscritti: tali articoli non possono esser separati dagli art. 2166 e 2167, dei quali ne sono altro che le conseguenze. Ora, nell'art. 2166 vien detto: « I creditori avendo privilegio o ipoteca ISCRITTA sopra un immobile, lo conservano in qualunque mano questo faccia passaggio, ec. ». E, nell'art. 2167, si legge: » Se il terzo detentore non adempie le formalità che verranno stabilite qui sotto, per purgare la sua proprietà, egli resta, IN VIGORE SOLO DELLE ISCRIZIONI, obbligato, ec. ». Si tratterebbe egli di esercitare un'azione ipotecaria che, come sarà da me stabilito nella sezione 1.ª del 1.° cap. della 2.ª parte, è divenuta inutile per il solo effetto dell'iscrizione, e che non può aver luogo attualmente se non per l'interruzione della prescrizione dell'ipoteca, è chiaro, ancora, che quest'azione non può essere esercitata che da un creditore ipotecario *iscritto*.

L'acquirente, che si trova nel caso in questione, non è nella posizione del terzo detentore di cui ho parlato, giacchè egli ha fatto trascrivere il suo contratto di acquisto; ma è per lo stesso motivo che egli ha fatto questa trascrizione, che si trova in una posizione più vantaggiosa. In fatti, dalla riunione della trascrizione, e della perenzione, che sopraggiunge in seguito dell'iscrizione esistente al tempo della trascrizione, ne resulta la liberazione dell'i-

poteca, la di cui l'iscrizione è perenta. Ciò è incontrastabile, poichè la conseguenza sicura dell'art. 2154 è, che qualunque iscrizione perenta perde tutto il suo effetto, nell'istesso modo che se non fosse mai esistita. Da una saggia interpetrazione di siffatto articolo, si deduce che l'iscrizione conserva il suo effetto senza rinnovazione, poichè essendo in vigore ha ottenuto il suo effetto legale. Ma in questo caso solo, e nella specie in questione, l'iscrizione non ha potuto acquistare il suo effetto legale. È impossibile dargli questo vantaggio in virtù della sola iscrizione. Questo atto, puramente materiale, non cambia la situazione dell'acquirente, e non forma alcun contratto tra lui e i creditori iscritti in quell'epoca.

Onde l'acquirente che ha soltanto trascritto possa impugnare le iscrizioni perente dietro questa trascrizione, e perchè possa rendersi opponente ad ogni procedura contro di lui diretta, in forza di queste iscrizioni, fa mestieri ch'egli vi abbia un interesse legittimo; giacchè intendo allontanare anche l'ombra di fraudolenti pratiche. Ora, quest'interesse è sensibile. Spirati i dieci anni, il fondo acquistato è libero dalle ipoteche; perchè niuna differenza vi è tra un'ipoteca per la quale si fosse presa un'iscrizione, esistente all'epoca della trascrizione, ma i dieci anni della quale spirerebbero avanti la notificazione a' creditori, ed ogni altra ipoteca per cui non si fosse presa iscrizione avanti la trascrizione, o almeno prima che spirassero i quindici giorni a questa consecutivi. Appena i dieci anni della iscrizione sono spirati, l'acquirente è sicuro di tutte le domande di vendita all'incanto, e dal timore di essere privato del fondo in forza d'un aggiudicazione giudiciale che ne potrebbe essere la conseguenza.

Ma vi può essere per lui anche un maggiore interesse. Questo avverrebbe se, al momento dell'acquisto, e prima della trascrizione, avesse pagato tutto il prezzo o parte di esso. Devesi convenire che, giusta lo spirito della legge, l'acquirente si presume di non aver pagato in faccia a' creditori; ma siffatta presunzione convien che ceda alla verità. S'egli pagò tutto o parte del prezzo, si scorge bene che colla perenzione dell'iscrizione, che d'altronde fa presumere l'estinzione del credito, egli è libero dalle molestie che potrebbe avere luogo sulla sorte d'un ricorso per garanzìa contro il suo venditore.

Questo non è ancor tutto. Vi potrebbero essere più vendite successive, dietro la prima vendita fatta da colui sul quale esistono le iscrizioni; e può avvenire che non si sieno fatte trascrizioni per ciascuna di queste vendite. Tali esempj non sono rari, soprattutto nelle provincie ove le vendite si fanno per lo più isolatamente, senza ricordare le antecedenti; tal-

chè la trascrizione dell'ultimo contratto non può applicarsi che a questo solo contratto. Or, si comprende quanto i precedenti compratori, che avessero pagato tutto o parte del prezzo delle loro compre, sarebbero interessati a far valere la perenzione delle iscrizioni esistenti al tempo della trascrizione. I creditori, che le avrebbero prese, sarebbero nella necessità di sequestrare o pignorare presso il compratore, come debitore, non essendovi altri creditori le iscrizioni de' quali sarebbero in vigore. Ma il diritto proveniente dalla facoltà di far sequestri o pignoramenti è ben differente da quello che danno delle iscrizioni in vigore.

Sotto l'impero dell'editto del 1771, l'acquirente che avea sborsato il prezzo della vendita in tutto o in parte, e che quindi per ottenere delle lettere di ratifica, prima che fossero spedite, poteva egli medesimo rendersi opponente per sicurezza della sua garanzia, a ragione del recupero delle quantità pagate, e godeva un' ipoteca sul fondo acquistato a datare dal contratto di vendita, giacchè allora l'ipoteca era generale: essa esisteva senza stipulazione, e senza specialità; egli avea il diritto di far valere la nullità delle altre opposizioni, per riunire in lui duo qualità, quella di acquirente e quella di creditore. Or, non si vede come non debba essere attualmente lo stesso, quantunque l'acquirente non possa prendere iscrizione per quello che ha pagato sul prezzo. L' interesse resta, e questo interesse si riunisce al diritto desunto dall' art. 2154.

Del rimanente, in quanto a' diritti respettivi de'creditori, credo poter dire che la Corte reale di Parigi, con un decreto de' 29 agosto 1815, riportata da Sirey, tom. 16, part. 2, pag. 176, ha giudicato che la notificazione per parte dell' acquirente, a' creditori iscritti, era il solo istante in cui le iscrizioni prendono il loro effetto legale, e non quello della trascrizione. Nella specie di questo decreto, il sig. Demay, creditore ipotecario del sig. Durand, aveva preso iscrizione il 16 messidoro anno 11, corrispondente al 15 luglio 1803. Il fondo ipotecato era stato venduto dal sig. Durand nell'anno 13. L'acquirente avea fatto trascrivere il suo contratto a' 15 giugno 1809, e l'indimani l'avea fatto notificare ai creditori iscritti. Una graduatoria si era aperta a' 27 agosto 1813. Il sig. Demay vi si presentò, e cercò di essere collocato per il suo credito coll' epoca della sua iscrizione. Due creditori si opposero col dire che l'iscrizione contava più di dieci anni di data, che all' apertura della graduatoria era perenta, e quindi il sig. Demay avea perduto il suo grado. Il tribunale accolse questo mezzo di difesa: ma, in appello, la sentenza venne annullata. « Considerando, si dice nel decreto, che le vendite di cui si tratta sono state fatte nei dieci anni dalla

data dell'iscrizione del sig. Demay, *e che le notificazioni per purgare il fondo hanno avuto luogo nel medesimo spazio di tempo.* » Non la trascrizione, ma le notificazioni han deciso.

Modificazione importante circa la resoluzione della questione.

113. Ma ciocchè si è detto, si rende suscettibile d'una importantissima modificazione. Non potrebbesi applicare relativamente agli acquirenti successivi del fondo e a' creditori personali di questi stessi acquirenti. Supponiamo, quindi, che Pietro abbia venduto a Giacomo un fondo per 50,000 franchi, e che vi sieno stati creditori di Pietro, le di cui iscrizioni fossero anche in vigore, per avere meno di dieci anni, quando Giacomo avesse fatto notificare agli stessi creditori di Pietro il suo contratto di compra, e la seguita trascrizione, tutti questi creditori avrebbero il diritto di perseguitare il fondo in mano di Giacomo, per le ragioni pocanzi esposte. Essi conserverebbero questo diritto, senza essere obbligati a rinnovare le loro iscrizioni, anche relativamente agli altri creditori di Pietro che avessero rinnovate le loro iscrizioni prima dello spirare del termine de'dieci anni; una tal rinnovazione non darebbe a questi alcun vantaggio sugli altri. I diritti restano come sono fissati al tempo della notificazione della vendita a' creditori di Pietro.

Facciamo ora l'ipotesi che Giacomo abbia rivenduto il medesimo fondo a Paolo, e che questi lo abbia rivenduto a Giovanni; supponiamo egualmente che Paolo prima, e poi Giovanni abbiano successivamente assegnato in ipoteca l' istesso fondo del quale erano divenuti proprietarj: in questo caso vi sarebbe un nuovo ordine di cose. Questi compratori successivi, ovvero i loro respettivi creditori, nel loro particolare interesse, e perchè gli uni si procurassero la stabilità delle loro compre, gli altri quella de' loro crediti, si presenterebbero all' uffizio della conservazione delle ipoteche, per conoscere le iscrizioni prese sul fondo che dovrebbe essere loro trasmesso e ipotecato. Essi debbono conoscere che il fondo può essere gravato non solo dalle ipoteche esistenti in danno dell'attuale proprietario, ma egualmente da quelle esistenti in pregiudizio de'precedenti proprietarj. Colui che deve ricevere sul fondo un' ipoteca, domanderà dunque l'estratto delle iscrizioni che saranno state prese da'creditori di questi antichi proprietarj, dei quali farà conoscere i nomi al conservatore. Ma egli saprà egualmente che, onde queste iscrizioni gravino l' immobile, la loro data non deve rimontare a più di dieci anni, e quindi si limiterà

alla conoscenza delle iscrizioni prese in questo termine. Relativamente al compratore, egli dovrà conoscere che non basta di non esservi iscrizioni in vigore all' epoca della trascrizione, e che ciò che dovrà fare col suo venditore dipende dallo stato delle iscrizioni che si trovano prese prima dello spirare de' quindici giorni a datare da questa trascrizione.

Ma per colui che deve divenire creditore dell' ultimo proprietario, se non si trovano perente che le sole iscrizioni preso sugli antichi proprietarj; e se relativamente a colui che compra da quest' ultimo proprietario, non vi sono iscrizioni in vigore per parte de' creditori di questi antichi proprietarj all' epoca in cui spirano i quindici giorni seguenti alla trascrizione; in questo caso tutte le antiche iscrizioni non possono legare nè il creditore, nè questo compratore. Perlocchè i creditori di Pietro, iscritti sopra il fondo comprato da Giacomo, non avrebbero diritto di appropriarsi questo fondo; a fronte de' compratori o creditori de' proprietarj posteriori, se i creditori di Pietro non godessero che le sole iscrizioni contra Pietro, quantunque fossero in vigore al momento della notificazione loro fatta da Giacomo, queste iscrizioni non avrebbero effetto a favore de' creditori di Pietro, se non contra Giacomo o suoi creditori. Si vede dunque bene quanto sia savio avviso quello di rinnovare le iscrizioni contro il debitore, prima dello spirare de' dieci anni (1).

Della necessità della rinnovazione dell' iscrizione in vigore al momento dell' apertura del fallimento del debitore, o dell' apertura d' una successione che diventa beneficiata, o vacante.

114. Non si può validamente iscriversi dopo l'apertura d'una successione, quando essa non viene in seguito accettata che con benefizio d' inventario o che riman vacante. Non si può neanche prendere efficacemente una iscrizione sopra i beni d' un debitore che cade nel fallimento, dietro l'apertura di tale fallimento, ed anche ne' dieci giorni che lo precedono. Ciò è quello ch' io dirò nel paragrafo seguente. Taluni scrittori hanno conchiuso da tutto questo che, se i dieci anni dalla data dell' iscrizione non sono spirati, non solo quando si apre la successione accettata con benefizio di

(1) Il sig. Persil, nel luogo da me notato nel numero precedente, fa un' ipotesi onde pervenire all' istesso resultato. Ho creduto dover dare una maggiore estensione a quella che io presento. Ma, come in una materia tanto astratta, le ipotesi colpiscono più o meno i lettori a tenore della maniera colla quale sono enunciate, perciò potrà consultarsi anche quella del sig. Persil.

inventario, ma anche quando accade il fallimento, allora l'iscrizione ha il suo effetto legale, ed è inutile di rinnovarla in seguito. Essi hanno paragonati amendue questi casi a quello in cui, allorchè trattasi di procedura in via di espropriazione fatta contra il debitore, l'iscrizione si renderebbe efficace dal momento dell'aggiudicazione, o dall'apertura della graduatoria. Essi li hanno del pari uguagliati al caso in cui, trattandosi di vendita volontaria, l'iscrizione avrebbe il suo effetto legale all'epoca della notificazione fatta dal compratore a'creditori iscritti. Ma questa opinione non può ammettersi.

Quale è il motivo che dispensa dalla rinnovazione dell'iscrizione nei due casi da me riportati? È che lo scopo di ogni ipoteca, in difetto di pagamento per parte del debitore, deve aver diritto su tutti i fondi sottoposti all'ipoteca. Quindi, quando in qualunque procedura, fatta sopra questi fondi, arriva il momento in cui l'ipoteca iscritta tende al suo scopo, o che il suo effetto è adempito, allora una nuova iscrizione diviene perfettamente inutile. Potrebbe del pari stare che l'iscrizione non possa esser presa contra il vero proprietario; ciocchè accaderebbe dopo l'aggiudicazione.

Questo motivo è estraneo però al caso della successione beneficiata o vacante. L'erede con beneficio d'inventario può essere autorizzato a vendere i beni della successione; e, in tal caso, le ipoteche dovrebbero essere conosciute. Or, questo sarebbe impossibile, se le iscrizioni avessero più di dieci anni di data, e non fossero state rinnovate. Di più, l'erede beneficiato può essere dichiarato puro e semplice; questa dichiarazione avrebbe un effetto retroattivo al giorno dell'apertura della successione. Egli potrebbe vendere ed ipotecare; ed i terzi dovrebbero conoscere le iscrizioni.

Il medesimo motivo non può applicarsi in caso di fallimento. Il fallito viene privato dall'amministrazione de'suoi beni, ma non della proprietà; egli può fare annullare le prime procedure fatte contro di lui, e ottenere la revoca di tutte le sentenze che fossero state pronunziate. Senza di questo, egli può del pari essere autorizzato a vendere, come il possono essere i suoi creditori, in virtù di una sua procura. Su di ciò può riscontrarsi la giudiziosa analisi fatta dal signor Locré, intorno all'art. 442 del Codice di commercio. *Spir. del Cod. di Comm.*, tom. 5, pag. 128 e seg.

La questione è stata perciò risoluta, come ho indicato, con un decreto della Corte di cassazione, de' 7 giugno 1817. *Denevers*, lo stesso anno, pag. 388. Il decreto è così motivato: « Che nè la legge di brumaio anno 7, nè l'art. 2146 del Codice civile, non proibiscono, nè dispensano di rinnovare le iscrizioni, quando il debitore fallisce, o la sua successione

è accettata con benefizio d'inventario; e che perciò questi avvenimenti non sono sufficienti onde prolungare l'effetto delle iscrizioni ». Non vedonsi, tanto nel decreto quanto nella discussione che l'ha preceduto, motivi precisi desunti dallo spirito della legge: ma io non concepisco che possano esservene altri diversi da quelli da me esposti (1). Si vegga una decisione della Corte reale di Digione, de' 26 febbraio 1819, ed un'altra di quella di Limoges, del 26 giugno 1820, pronunziate con gl'istessi principj. *Denevers*, anno 1821, pag. 69, al *Supp.*

L'azione ipotecaria intentata contra un terzo detentore, lo dispensa ella dalla rinnovazione dell'iscrizione?

115. Questo istesso decreto, de' 7 di giugno 1817, ha giudicato che una azione ipotecaria, intentata contra un terzo detentore, non dispensava dal rinnovare l'iscrizione a suo riguardo, e che in tal circostanza egli aveva purgato il fondo dalle ipoteche colla trascrizione del suo titolo. Ecco, all'oggetto, i motivi del decreto: « Che non si può dire che quest'iscrizione avesse prodotto il suo effetto legale, soltanto perchè una sentenza, de' 25 piovoso anno 13, aveva dichiarata la casa in questione sottoposta ed ipotecata al credito dell'istante. Questa sentenza produceva l'effetto di interrompere la prescrizione dell'ipoteca; ma essa, d'altronde, non aggiungeva alcun nuovo diritto a quello che godeva l'istante sopra la detta casa. Non faceva perciò produrre all'iscrizione il suo effetto legale; non poteva dunque esentare l'istante dal rinnovare questa iscrizione, se voleva conservare la sua ipoteca contra il terzo acquirente, che aveva sempre nella legge un mezzo capace di purgarla se cessasse di essere iscritta ».

Questa decisione è una conseguenza del principio che, quando, in qualunque regime ipotecario che si sia trovato, la legge prescrive un atto

(1) Convien dire che, nella specie di questo decreto, si trattava di una successione devoluta ad un minore; e potrebbe dirsi che, in questo caso come in quello di una successione accettata con beneficio d'inventario da un maggiore, non può una iscrizione esser validamente presa dietro l'apertura della successione. Frattanto, nel paragrafo che segue, ho adottata una contraria opinione. Ho pensato che la massima stabilita dall'art. 2146, è soltanto relativa alle successioni accettate dai maggiori con beneficio d'inventario, e che non può essere applicabile al caso di accettazioni forzate con beneficio d'inventario, allorchè si trattava di una successione devoluta a' minori. Io penso che nulla si possa dedurre da questo decreto contro la mia idea. La successione era aperta nel 1791; e molte circostanze tendevano a far riguardare questa successione nel modo stesso che se fosse stata accettata da un maggiore con beneficio d'inventario.

con forme particolari, onde conservare e stabilire l'ipoteca, non si è potuto mai supplirvi con qualunque altro atto, neppure, relativamente al compratore, con un'azione ipotecaria, quando essa fosse seguita da una sentenza. Il che aveva luogo sotto l'editto del 1771; l'opposizione non poteva essere supplita da un'azione di questa natura. Tale è l'opinione che avevo adottata nel mio Commentario sull'art. 15 di questo editto, n.° 5. Uno dei redattori del *Repertorio di giuris.*, alla parola *Dichiarazione d'ipoteca*, era stato, sul principio, di un parere contrario: ma, in un'addizione posteriore, l'istesso scrittore dell'opera credè che l'azione ipotecaria non poteva tenere luogo dell'opposizione al sigillo delle lettere di ratifica. La cosa era così, quando anche vi fosse stata un'opposizione perenta nel lasso di tre anni.

In conseguenza di questo stesso principio, un decreto della Corte di cassazione, de' 12 ottobre 1808. (Sirey, anno 1808, pag. 543), ha giudicato che la trascrizione di un contratto di vendita, precedente alla legge degli 11 brumaio, purgava il fondo anche da' crediti per i quali nell'anno 6 eravi stata un'azione di dichiarazione d'ipoteca. Tal era il resultato della combinazione degli art. 3 e 28 di questa legge. Vi erano, nella specie di questo decreto, delle circostanze più gravi che stabilivano che il compratore avea conosciuto il credito, e che si era mostrato disposto ad accedere, in ciò che lo riguardava, all'effetto della domanda ipotecaria. La Corte, di cui il decreto fu attaccato, l'aveva motivato su ciò che la trascrizione era stata fatta in *mala fede*. Ma il decreto della Corte di cassazione stabilisce che « l'effetto della trascrizione è di purgare il fondo acquistato, da qualunque ipoteca giudiciale o convenzionale non iscritte prima della detta trascrizione, senza che la legge eccettui neppure quelle che il compratore *ha potuto conoscere legali al tempo in cui egli ha adempito a questa formalità* (1) ». Dev'essere assolutamente lo stesso vigente il Codice civile. Esso non attacca la pubblicità, e, per conseguenza, la conservazione dell'ipoteca, se non alla iscrizione, senza distinzione. Al presente, la dichiarazione dell'ipoteca ha un altro oggetto, anche relativamente al terzo detentore, come l'osserverò nella seconda parte, spiegando i principj relativi

(1) Così, una decisione della Corte di appello di Torino, de' 16 marzo 1811, riferita da Denevers, lo stesso anno, pag. 176, al Sup., ha giudicato che il compratore può dichiarar nulle le iscrizioni, anche se abbia egli positivamente conosciuto i debiti iscritti prima della trascrizione. Questa è una conseguenza del principio generale, che quando la legge ha stabilita una forma speciale, con cui una persona deve conoscere un fatto, quando si tratta di conservazione, trasporto o revoca d'una proprietà, questa conoscenza non può resultara legalmente se non dall'atto prescritto dalla legge onde procurarla.

alla posizione del terzo detentore che non purga il fondo dell' ipoteca. L' iscrizione la rende inutile, e l' unico fine di questa dichiarazione è di interrompere la prescrizione dell' ipoteca contra il terzo detentore che non trascrive; ma, dopo la trascrizione, la iscrizione è indispensabile.

Resultato del parere del Consiglio di stato, de' 22 gennaio 1808, intorno alla rinnovazione delle iscrizioni.

116. Vi sono de' casi nei quali le iscrizioni non possono esser prese direttamente da coloro pel di cui interesse sono prescritte; e si erano elevate delle importanti questioni onde determinar come, e per chi, queste iscrizioni dovevansi rinnovare. Tutte queste difficoltà sono state tolte, in un modo preciso, con un avviso del Consiglio di stato, de' 22 gennaio 1808, il quale contiene uno sviluppo di riflessioni assai utili per penetrarsi dello spirito della legge su dei punti importanti. Esso deve esser meditato; e, per esser breve, mi limiterò a riportarne le principali disposizioni.

Resulta, 1.° che ogni iscrizione, senza eccezione, deve essere rinnovata prima dello spirare de' dieci anni;

2.° Che quando l' iscrizione è stata necessaria, per operare l' ipoteca, la rinnovazione è necessaria onde conservarla;

3.° Che quando l' ipoteca esiste, indipendentemente dall' iscrizione, e che questa non viene prescritta che sotto pene particolari, quelli, che l' anno dovuta fare, debbono rinnovarla sotto le medesime pene. Quindi, per quello che riguarda le donne maritate, i minori, i mariti, e i tutori, che, secondo il disposto dell' art. 2136 del Codice civile, sono per loro stessi obbligati di rendere pubbliche queste ipoteche coll' iscrizione sopra i loro beni, sono obbligati di rinnovare l' iscrizione prima dello spirare de' dieci anni dalle loro date, colle medesime penali sotto le quali le iscrizioni furono primitivamente prese. Queste pene sono lo stellionato, e l' arresto personale;

4.° Che, quando l' iscrizione doveva prendersi di ufficio dal conservatore, dev' essere rinnovata dal creditore che vi ha interesse. Questo concerne il venditore e quegli che dà ad imprestito, di cui si è parlato nell' art. 2108 del Codice.

Fin qui il parere del Consiglio di stato racchiude un' esatta interpetrazione degli articoli del Codice civile relativi alle iscrizioni. L' impossibilità d' incaricare il conservatore delle ipoteche di queste rinnovazioni, vi è perfettamente dimostrata.

In quanto all'obbligo imposto ai conservatori dell'ipoteche dall'art. 7 della legge de' 5 settembre 1807, relativo ai diritti del pubblico tesoro sopra i beni de'contabili, di prendere iscrizione in nome del tesoro pubblico e in danno di quelli tra i contabili enunciati in questo articolo, vi è una regola diversa da tenere: i conservatori sono, per la rinnovazione, come lo erano per la iscrizione, gli agenti del tesoro pubblico ch'essi rappresentano. Quindi, dal parere del Consiglio di stato, resulta ch'essi debbono fare la rinnovazione sotto la vigilanza dell'amministrazione.

Resta a fare anche un'altra osservazione relativamente alle iscrizioni, che gli stessi conservatori sono obbligati di prendere sopra i beni che formano l'oggetto delle loro cauzioni. L'art. 7 della legge de' 21 ventoso anno 7 impose l'obbligo di prendere l'iscrizione, e vi soggiunse che la iscrizione durerà per tutto il tempo che dura la loro responsabilità, *senza che sia necessario di rinnovarla.* Tali espressioni non potevan più conciliarsi colle disposizioni del Codice civile, che, in quanto ai terzi, imperiosamente esige la conoscenza di tutte le iscrizioni prese nell'interesse del tesoro pubblico, e che limita la durata di queste iscrizioni a dieci anni. Esse non potevano neppure conciliarsi con i principj della legge dei 5 settembre 1807. Quindi, dietro l'interpetrazione della legislazione che per questa parte resulta dal parere del Consiglio di stato, e dietro il principio, che vi è stabilito, che ogni iscrizione deve rinnovarsi prima dello spirare del termine di dieci anni, i conservatori sono tenuti di rinnovare le loro iscrizioni avanti questo termine.

Delle formalità della rinnovazione dell'iscrizione.

117. Onde la rinnovazione dell'iscrizione produca il suo effetto, diviene necessaria una nuova iscrizione, la quale, come la prima, faccia conoscere quello che la legge prescrive; in modo che le forme della nuova iscrizione debbono essere le stesse di quelle della prima, secondo che l'ipoteca è speciale, generale, o legale. Al capitale del credito, e de'suoi accessorj, si possono aggiungere i frutti scaduti dietro la prima iscrizione; ma, per questi frutti, l'ipoteca prende il grado dal giorno della nuova iscrizione, ad eccezione delle due annate e la corrente, come l'ho fatto conoscere nel presente paragrafo, a meno che si sieno prese le iscrizioni per questi frutti, secondo le loro scadenze, per le quali vi sarebbe allora ipoteca a contare da ciascuna di queste iscrizioni.

Ma spesso accade che, nell'intervallo de'dieci anni, vi sono de'cambiamenti.

La nuova iscrizione deve essere subordinata a questi cambiamenti. L'oggetto essenziale si è di dare sempre quelle conoscenze che la legge vuole, e circa le quali mi sono già spiegato nel paragrafo precedente. Se vi fosse stata una cessione, ovvero una surroga del credito, bisognerebbe non solo che la nuova iscrizione presa dal cessionario, o dal creditore surrogato, facesse perfettamente conoscere quest'ultimo, egualmente che la cessione, o la surroga, ma che ancora l'iscrizione contenesse egualmente la conoscenza del credito, come fu data alla prima iscrizione. All'oggetto, si può consultare un decreto della Corte di cassazione, del 14 gennaio 1818. *Denevers*, anno 1818, pag. 91. Il signor Danglemart, surrogato ad un antico credito di proprietà del signor Sailhard, in ordine al quale erasi iscritto da quest'ultimo a' 23 fiorile anno 7, avea presa a' 23 maggio 1807 una nuova iscrizione concepita nei seguenti termini: « Per sicurezza della somma di.... e per sicurezza della *surroga*, *e nell' effetto dell' iscrizione presa a'* 23 *fiorile anno* 7, vol. 6, n.° 145, a favore di Giampietro Sailhard, contra i signori e signora Duval-Dumenil, resultante da un'obbligazione passata avanti al signor Trianon e suo collega, notari a Parigi, il 16 maggio 1807 ». Il signor Danglemart prese ancora un'altra iscrizione il 18 luglio 1811; ma, a quell'epoca, eran passati più di dieci anni dall'iscrizione de' 23 fiorile anno 7, che si intendeva di rinnovare con quella de' 23 maggio 1807. Quest'ultima iscrizione fu annullata; di maniera che l'iscrizione del 23 fiorile anno 7 si trovò perenta. Il motivo della nullità dell'iscrizione dei 23 maggio 1807, fu perchè non conteneva una rinnovazione dell'iscrizione de' 23 fiorile anno 7. Non si poteva, di fatti, considerarla se non *come una semplice menzione di surroga*, come fu detto dalle parti interessate nella discussione de' mezzi che precedettero il decreto.

PARAGRAFO IV.

DE' CASI IN CUI NON SI PUÒ PRENDERE ISCRIZIONE, O ACQUISTARE EFFICACEMENTE UN' IPOTECA, IN RAGIONE DELLA SITUAZIONE DEL DEBITORE, O DELLO STATO DELLA SUA SUCCESSIONE.

SOMMARIO

118. *Delle iscrizioni prese nei dieci giorni anteriori al fallimento.*

119. *Dell' iscrizioni prese in questo intervallo per le ipoteche anteriori alla legge di brumaio.*

Delle iscrizioni prese nei dieci giorni anteriori al fallimento.

118. Seguendo l'antica legislazione, non si poteva far costituire un'ipoteca da un fallito, nè con lui contrar si poteva obbligazione alcuna, non solamente dopo l' apertura del fallimento, ma neppure nei dieci giorni al medesimo anteriori. Tale era la disposizione di una dichiarazione del re, de' 18 novembre 1702. Essa annullava tutte le obbligazioni passate, e tutte le sentenze emanate in queste due epoche. La cattiva posizione del debitore presumevasi cognita nei dieci giorni che precedevano l' apertura legale del fallimento; e la nullità di tutto quanto si operava durante questi dieci giorni, era l'effetto di una presunzione *juris et de jure*, che produceva tale nullità, col solo fatto, senza poter essere sostenuta da alcuna pruova.

La nuova legislazione ha ritenuti tali principj: il che ravvisasi nell' art. 11 della prima legge resa su questa materia, quella cioè de' 9 mes-

sidoro anno terzo, e nell'art. 5 della legge degli 11 brumaio. I medesimi principj veggonsi confermati dall'art. 2146 del Codice civile, e dall'art. 443 e seguenti del Codice di commercio. Nondimeno, gli articoli di quest'ultimo Codice hanno portato qualche modificazione, in ordine agli atti traslativi di proprietà, e agli atti di commercio fatti nei dieci giorni precedenti l'apertura del fallimento. Mi basta di rinviare a queste leggi.

Tali principj si fondano sulla massima, che il fallimento aperto, e dichiarato, determina i diritti dei creditori del fallito, nello stato in cui si trovavano al momento dell'apertura del fallimento, e dieci giorni prima dell'epoca in cui si presume conosciuto. Da tal momento il debitore, dietro l'art. 442 del Codice di commercio, è spogliato di pieno diritto dell'amministrazione di tutti i suoi beni. Tutto ciò ch'egli opera si presume sospetto; e vi è ragion di temere che egli non procuri di favorire alcuni dei suoi creditori in detrimento degli altri, o che non prenda delle misure fraudolenti per sottrarre i suoi beni agli atti di ognuno di essi. Finalmente, i creditori vengono assimilati de'socj, la cui condizione è la stessa, e che non posson vicendevolmente arrecarsi del danno. Sicchè, combinando l'art. 2146 del Codice civile coll'art. 443 del Codice di commercio, non si può dare, colla iscrizione, più efficacia ad un'ipoteca anteriore ai dieci giorni, che precedono l'apertura del fallimento, allorchè la iscrizione è presa in questi dieci giorni, di quella che dar si possa ad un'ipoteca convenuta nel corso di questi medesimi dieci giorni.

Dell' iscrizioni prese in questo intervallo per le ipoteche anteriori alla legge di brumaio.

119. Conviene nondimeno osservare un'importante modificazione a sì fatto principio, rispetto alle ipoteche acquistate prima della pubblicazione della della legge di brumaio anno 7; ed è che, par tali ipoteche, si è potuto validamente prendere una iscrizione, anche dietro l'apertura del fallimento, e con maggior ragione nei dieci giorni che l'hanno preceduta. Sulle prime, una tal modificazione ha subito alcune difficoltà; ma da molto tempo, più non se ne incontrarono. Per comprendere la ragione di ciò, convien riflettere che la legge di brumaio contiene nel solo primo titolo le disposizioni intorno le ipoteche e i privilegj per l'avvenire, ed è appunto coll'art. 5 di questo medesimo titolo che essa ingiunge l'iscrizione prima dei dieci giorni precedenti il fallimento; mentre le disposizioni della medesima legge, relative alle ipoteche passate, rinvengonsi nel titolo 3, ove

non vi si vede la necessità della iscrizione prima dei dieci giorni che precedono il fallimento. D' altronde sarebbe stata cosa veramente ingiusta il render soggetta alle medesime regole una iscrizione che si prende in virtù di un titolo stipulato sotto l' impero del Codice civile, il che è il necessario compimento onde acquistar l' ipoteca, e la iscrizione che si prende per un' antica ipoteca esistente da se, senza la formalità della iscrizione allora non conosciuta. Sarebbe questo lo stesso che attribuire alla legge il vizio della retroattività. Acquistare una nuova ipoteca, è ben altro che *conservare* un'ipoteca anticamente acquistata.

Tal questione viene discussa e decisa in questo senso dal sig. Chabot (de l' Allier), *Questioni transitorie*, tom. 1, pag. 100 e seg. Egli si basa su due decreti della Corte di cassazione de' 18 febbraio e 5 aprile 1808. Io soggiungo essere stata altresì la controversia giudicata nell' istesso modo con due altri rimarchevoli decreti della mentovata Corte, emanati dopo la pubblicazione dell'opera del signor Chabot. L' uno di essi è de' 15 dicembre 1809, sotto la presidenza del Gran Giudice ministro della giustizia, essendovi stata una prima cassazione e rinvio ad un'altra corte; l'altro è de' 4 dicembre 1815. Questi due decreti sono nella raccolta di Denevers, anno 1810, pag. 21, e anno 1816, pag. 82: in guisa che su questo punto di diritto evvi una giurisprudenza costante (1).

Dopo quel che si è detto, ben si ravvisa che i creditori ipotecarj, anteriori alla legge di brumaio, possono essere parimente iscritti con efficacia sopra i beni di un individuo che si trova esser fallito sotto il Codice civile, come avrebbero potuto esserlo sotto la legge stessa di brumaio, onde conservar queste ipoteche. Sotto un tale aspetto il Codice civile considerar si deve come la legge di brumaio per ciò che riguarda la conservazione di queste antiche ipoteche per via della iscrizione. Le decisioni, quantunque emesse per l' iscrizioni prese in forza della legge di brumaio, risolvono altresì la questione per quelle prese in virtù del Codice civile, giacchè i motivi sono i medesimi. Evvi di più: queste ipoteche essendo una volta conservate coll' epoca della loro data, mercè la iscrizione presa

(1) Il decreto de' 15 dicembre 1809, può leggersi nelle Questioni di diritto del signor Merlin, 3.ª edizione, a'vocaboli *Iscrizione ipotecaria*, §. 3, ove sono pur trascritte le sue conclusioni con tutte le particolarità che si desiderano. L'enunciato decreto era riportato in parecchie opere, e specialmente nel Repertorio di giuris., alle stesse voci di *Iscrizione ipotecaria*. Il signor Merlin corregge alcune inesattezze che eranvi incorse; ma tali inesattezze divengono indifferenti per quel che il dico intorno, alla questione. Io la fo conoscere abbastanza coll'indicarne il principio; per il rimanente, rimetto i lettori alle sorgenti nelle quali sono letteralmente trascritte le decisioni.

nel termine stabilito dalla legge di brumaio per la iscrizione delle antiche ipoteche, o nei termini prescritti dalle leggi posteriori che l'hanno prorogato, hanno potuto essere rinnovate prima dello spirare dei dieci anni. Questa rinnovazione ha dovuto avere il suo effetto, anche quando avesse avuto luogo sotto l'impero del Codice civile, nei dieci giorni prima del fallimento del debitore. Tal' è pure l'osservazione, a mio credere giudiziosa, del signor Chabot, *loco citato*, pag. 104.

Delle iscrizioni sulle successioni beneficiate o vacanti.

120. Certo è, altresì, che una iscrizione non potrebbe essere presa con efficacia su di una credità accettata col benefizio d'inventario, o che fosse vacante. Questa vacanza potrebbe essere sia perchè gli eredi l'avessero rinunziata, e che quindi fosse stato nominato un curatore alla successione vacante; sia perchè non si presentasse alcun erede, per non esservene alcuno conosciuto; il che apre anche l'adito alla nomina di nn curatore. L'accettazione col beneficio d'inventario e la vacanza di una eredità stabiliscono i diritti respettivi de' creditori; tali diritti non possono più variare, perchè in questi casi avviene lo stesso di ciò che accade nel caso di fallimento. Potrebbonsi acquistare dei diritti contra un erede beneficiato, il quale, fino a che dura questa qualità, è un semplice amministratore, che non può vendere i beni della eredità, in altro modo che colle formalità volute dalla legge, e coll'autorità del tribunale? che non può pagare, a suo talento, uno dei creditori dell'eredità preferibilmente agli altri? che, eseguendo tali pagamenti, è nell'obbligo serbar l'ordine dei privilegj e dei crediti, senza di che vi sarebbe luogo ad un'azione revocatoria dei pagamenti a pro dei creditori ai quali tali pagamenti apporterebbero pregiudizio? Potrebbonsi acquistare ancora dei diritti contra un curatore dato ad una eredità vacante, che sempre, o quasi sempre, non è che un vano fantasma che l'imperiosità delle circostanze obbliga a nominare? Questo dipende ancora da ciò che una successione accettata col beneficio d'inventario, o ripudiata, si considera come se fosse nello stato di decozione o d'insolvibilità; e da ciò che, in ogni tempo, allorchè un individuo era caduto in questo stato, e allorchè questo stato era riconosciuto, non si poteva acquistare sopra questi beni un diritto in favore di uno dei suoi creditori in detrimento degli altri. In circostanza di tal natura, l'acquisto dei diritti particolari dipenderebbe dalla maggiore o minor avvedutezza o vigilanza di alcuni creditori, il che esclude quella buona fede che regnar deve nelle convenzioni, e nelle impetrazioni

de' tribunali. In una parola, una credità vacante o beneficiata è nell'amministrazione della giustizia, ed in tal caso i diritti di tutt'i creditori sono eguali.

Dietro tutti questi antichi principj è stato redatto l'art. 2146 del Codice civile. Vi si dice, in primo luogo, che le iscrizioni non producono alcun effetto quando sieno state eseguite in quell' intervallo di tempo, durante il quale gli atti fatti fra i dieci giorni precedenti al fallimento del debitore, son dichiarati nulli. Quindi sta aggiunto: « Ha luogo lo stesso fra i creditori di una eredità, se la iscrizione non è stata fatta da uno di essi *se non dopo aperta la successione*, *e nel caso che l'eredità sia stata accettata col beneficio dell'inventario.* Essendo stata ammessa nella nostra legislazione la massima, che la sola iscrizione rende valida l'ipoteca, e ne è il compimento, il legislatore in questo articolo ha colpita l'iscrizione ne' tempi e nelle occasioni ivi accennate colla medesima inefficacia colla quale le leggi antiche e la giurisprudenza colpivano l'ipoteca ottenuta negli stessi tempi e occasioni, allorchè l'ipoteca costituivasi col solo titolo, senza essere coadiuvata dalla iscrizione.

Questo art. 2146 non fa menzione dell'eredità vacante, e alcuni autori ne avevano tirata la conseguenza che esso si applicava unicamente all'eredità beneficiata; ma è però evidente che il legislatore ha voluto comprendere nelle sue disposizioni l'eredità vacante e la beneficiata; vi erano ragioni ancor più forti pel primo che pel secondo caso. Così nell'antica giurisprudenza ad ambi i casi applicavansi gli stessi principj; ed il sig. Merlin spesso ha assimilati questi due casi; il che precisamente si osserva in un discorso da lui pronunziato all'occasione d'un decreto della Corte di cassazione del 4 termidoro anno 12, di cui avrò occasione di parlare fra poco. « Si ravvisa, egli dice, che quel che dispone l'art. 2146 di un'eredità accettata col benefizio dell'inventario, deve, con *maggior ragione*, estendersi all'eredità totalmente abbandonata, e alla quale il giudice è obbligato di destinare un curatore ».

Ma in ordine alla eredità beneficiata ed alla vacante, questo art. 2146 presenta una difficoltà più grave. Da prima, è senz'alcun dubbio che, tanto la iscrizione presa dopo l'accettazione della eredità col benefizio d'inventario, quanto quella presa contro il curatore nominato per una eredità vacante, sarebbe assolutamente senza effetto. Lo spirito dell'articolo è troppo manifesto a questo riguardo perchè possa elevarsi una minima difficoltà. Ma questo articolo ha egli voluto che la iscrizione, perchè fosse valida, dovesse essere anteriore ai dieci giorni che immediata-

mente precederebbero l'accettazione col benefizio d'inventario, o la vacanza dell'eredità? In altri termini, se l'art. 2146 combinato coll'art. 443 del Codice di commercio cui si riferisce, perchè un'iscrizione sia valida, vuole che si prenda prima dei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento, allorchè poi è questione di un'eredità beneficiata o vacante, conviene che l'iscrizione, per avere effetto, sia presa prima dei dieci giorni che precedono l'accettazione col benefizio d'inventario, o l'epoca in cui l'eredità divien vacante? Ecco la delicata questione che fa sorgere l'articolo 2146.

L'antica giurisprudenza, rispetto alla validità dell'ipoteca contra una successione accettata col benefizio d'inventario, o vacante, presenta pochi argomenti onde potersi decidere per analogia la questione di cui si tratta. In fatti negli autori antichi null'altro si scorge se non il principio, enunciato in una maniera vaga e generale, che l'ipoteca non poteva essere ottenuta ed accordata contra un'eredità accettata col benefizio d'inventario, o vacante e amministrata da un curatore.

Convien però dire, che dietro una giurisprudenza particolare la quale erasi formata al parlamento di Fiandra, acciò la iscrizione avesse la sua efficacia, doveva esser fatta prima de'dieci giorni immediatamente precedenti all'epoca dell'accettazione col benefizio d'inventario, o quella della vacanza dell'eredità. Tanto si osservava dal signor Merlin portando la parola dietro il decreto della Corte di cassazione de' 4 *termidoro* anno 12, riportata unitamente al suo discorso nelle sue *Questioni di diritto*, alla voce *Successione vacante*, §. 1. Nondimeno, da quel ch'ei diceva, si scorge che una tale giurisprudenza non era costantemente seguita da quel parlamento. Del resto, tale giurisprudenza particolare ed isolata non si potea riguardare che come una eccezione ai principj generali che erano osservati in tutto il rimanente del regno. Conviene dunque ricorrere ad altre basi per decidersi intorno a ciò che prescrive l'art. 2146 del Codice civile.

Confrontiamo i termini delle nuove leggi, anteriori però al Codice civile, colle disposizioni dell'art. 2146. Nella legge de'9 messidoro, an. 3 art. 11, stava detto: « Le sentenze rese nei dieci giorni anteriori al fallimento, bancarotta o cessazione pubblica di pagamenti di un commerciante non sono suscettibili d'ipoteca ». Nell'art. 12 si legge: « Parimente non sono suscettibili d'ipoteca alcuna le condanne pronunziate contra *l'eredità accetta col benefizio d'inventario*, *o contro il curatore di una erdità vacante* ». È agevole il ravvisare che questo articolo colpiva di nullità sol-

tanto l'ipoteca ottenuta contra l'erede beneficiato, o contra il curatore dell'eredità vacante, o accordata per essi: dimodochè se sopravvenisse un'ipoteca nell'intervallo dell'apertura della successione all'accettazione dell'inventario, o alla vacanza dell'eredità, in qualunque epoca quest'ipoteca avvenisse in questo medesimo intervallo, l'ipoteca dovea avere il suo effetto; poichè essendosi detto nell'articolo precedente, relativamente al fallimento, che l'ipoteca era nulla se trovavasi presa nei dieci giorni prima dell'apertura del fallimento, come mai si potrebbe supporre che la disposizione risguardante siffatta nullità in questo caso, essendo presente allo spirito del legislatore, ei non avesse messo per condizione della validità dell'ipoteca, riguardante l'accettazione dell'eredità col benefizio d'inventario, o l'eredità vacante, che tale ipoteca risalirebbe al di là dei dieci giorni antecedenti all'accettazione beneficiata, o alla vacanza? Il legislatore equiparava lo stato di decozione o d'insolvibilità della successione, che resultava dall'esser stata accettata con benefizio d'inventario, o dall'esser divenuta vacante, allo stato d'insolvibilità riguardante l'apertura del fallimento. Ma egli non voleva assoggettare i creditori alla necessità di prendere o di ottenere l'ipoteca prima de'dieci giorni antecedenti alla accettazione beneficiata o alla vacanza come nel caso del fallimento aveva voluto sottoporre i creditori alla necessità di avere un'ipoteca che rimontasse al di là dei dieci giorni anteriori all'apertura del fallimento.

La legge di brumaio an. 7 era stata muta su ciò che si riferisce all'eredità beneficiate, o all'eredità vacanti. L'art. 5 di detta legge ripeteva solamente la disposizione dell'art. 11 della legge de'9 messidoro anno 3. Era nondimeno difficile cosa, come l'osserva il sig. Merlin, di cavare da un tal silenzio la conseguenza che il legislatore avesse voluto dare un effetto indefinito ad ogn'iscrizione presa contra una eredità beneficiata o vacante. Ma in tal caso non si tratterebbe di altro se non di seguire, per le iscrizioni prese su queste circostanze, gli stessi principj ammessi nell'antica giurisprudenza per l'ipoteca ottenuta in pregiudizio di una successione accettata col benefizio d'inventario, o di un curatore dato all'eredità vacante. E in tal caso giusta cosa è il dire essere stata valida la iscrizione presa prima dell'accettazione beneficiata, o della vacanza della successione, qualunque fosse il tempo nel quale venne presa la iscrizione tra l'apertura della successione, e la sua accettazione beneficiata, o la vacanza.

Passiamo all'art. 2146 del Codice civile. In primo luogo non vi si fa parola della fissazione della iscrizione anteriormente ai dieci giorni che pre-

cederebbero l'accettazione beneficiata della successione, o la vacanza, quantunque nel medesimo articolo i dieci giorni anteriori al fallimento, combinandolo coll'art. 443 del Codice di commercio, formassero un' epoca proibita per la iscrizione. Non si può dedurre alcuna conseguenza da quel che nella prima parte dell'art. 2146, ove si ha in vista il fallimento, non vi si parli precisamente dei dieci giorni, e da quel che vi è solamente detto » se esse son prese *nel termine durante il quale gli atti fatti avanti l'apertura dei fallimenti sono dichiarati nulli* ». Vi è sempre una inibizione d'iscriversi, non solamente dietro l'apertura del fallimento, ma ancora in un intervallo di tempo anteriore che doveva essere determinato. Tale determinazione, che far si doveva nel Codice di commercio, era di poco momento allorchè venne compilato l'art. 2146; e, d'altronde, era già fissata a questi dieci giorni nelle leggi anteriori al Codice civile.

In seguito, quando si tratta nell'art. 2146 della successione accettata col benefizio d'inventario, che cosa vien prescritto? « Lo stesso ha luogo fra i creditori di una eredità, se la iscrizione non siasi fatta da uno di essi, se non *dopo l'apertura*, *e nel caso che l'eredità sia stata accettata col benefizio d'inventario* ». Con queste espressioni, il legislatore ha forse voluto intendere che la iscrizione sarebbesi eseguita in un tempo determinato al di là de' dieci giorni precedenti l'accettazione beneficiata o la vacanza? Il sostenere l'affermativa è cosa ben malagevole. Oltre alla induzione che si desume dal silenzio della legge, circa la determinazione di un epoca anteriore a'dieci gierni, nella quale la iscrizione avrebbe dovuto aver luogo in caso di accettazione beneficiata o della vacanza, come nel caso di fallimento, ostano per fino le regole della grammatica per ammettere il paragone che stabilir si vorrebbe, in ogni senso, del caso dell'accettazione beneficiata o della vacanza di una eredità, col caso del fallimento, cioè a dire, che nell'uno e nell'altro caso la iscrizione fosse vietata ne' dieci giorni precedenti. Il legislatore permette la iscrizione dopo l'apertura della successione, ma egli l'annulla nel solo caso che, dopo l'apertura, la successione *non è accettata che col beneficio d'inventario.* Sicchè l'iscrizione, in qualunque tempo si prenda, è nulla dopo l'apertura della successione, per la sola ragione che, in seguito, una tale successione è accettata col beneficio d'inventario, o che diviene vacante.

Il senso che dava il sig. Merlin al disposto di quest' art. 2146, è appunto lo stesso. Tale articolo non si poteva applicare alla questione che egli discuteva, come quella che rimontava ad un'epoca anteriore alla promulgazione del Codice civile. « Ma questa difficoltà, egli diceva, non sarebbe

se rapportar ci dovessimo alla disposizione dell'art. 2146 del Codice civile. Seguendo questo articolo *le iscrizioni non producono alcun effetto*, non solo quando esse *sieno state eseguite nel termine durante il quale gli atti fatti prima dell'apertura de' fallimenti sono dichiarati nulli*, ma anche quando esse sono state prese posteriormente all'apertura di una successione *che non è stata accettata che col beneficio d'inventario*... Sicchè, giusta lo spirito di un tale articolo, basterebbe che non si fosse presa iscrizione se non dopo l'apertura della successione, perchè dovesse rimanere inefficace; e non importerebbe che, all'istante in cui fosse stata presa, la successione non fosse stata ancora ripudiata; non importerebbe che in quel momento non vi fosse stato dato per anco un curatore: essa perciò non sarebbe men nulla per il solo fatto della nomina susseguente di un curatore a questa successione; essa non sarebbe divenuta men caduca, *anche nel caso in cui il curatore a tale successione non fosse stato nominato che venti, trenta o quaranta giorni dopo* ». Ritornando, quindi, il sig. Merlin al paragone dell'antica giurisprudenza coll'articolo 2146, e facendo camminare sempre d'egual passo la eredità beneficiata e la vacante, così si esprime: « Ecco lo stesso principio che si rinviene nell'art. 2146 del Codice civile; e se, nella nostra antica giurisprudenza, tale principio era indistintamente vero, necessariamente ne risultava che le iscrizioni prese sui beni di un debitore, dopo la sua morte, rimaner dovevano sempre inefficaci allorchè eran seguite dall'assoluta rinuncia di tutti i suoi eredi, o dall'accettazione col benefizio d'inventario, *qualunque si fosse d'altronde il tempo di questa assoluta rinuncia e di quest'accettazione* ».

Ho veduto citare il decreto de' 4 termidoro anno 12, come avendo giudicato che la iscrizione, benchè presa dopo l'apertura della successione, aver doveva la sua efficacia se fosse stata presa anteriormente ai dieci giorni precedenti l'accettazione beneficiata dell'eredità; e che la iscrizione non doveva esser nulla, se non per la ragione che essa non precedeva i dieci giorni anteriori all'accettazione o alla vacanza. Ma ciò non si è potuto dire che per l'effetto di uno sbaglio. Vero è che la sentenza portata in cassazione aveva annullato la iscrizione, » perchè era stata presa nei dieci giorni del fallimento del debitore; che, in fatti, tale iscrizione è stata presa agli 8 piovoso anno 7, mentre sei giorni dopo, vale a dire, a' 14 del detto mese, la sua successione fu abbandonata, e il suo fallimento riputato aperto, tanto per la renunzia della vedova alla comunione, quanto per l'apposizione de' sigilli che ebbe luogo nel medesimo giorno, e che fu seguita dalla convocazione de' creditori e dalla nomina del curatore ». Ma

la Corte di cassazione, annullando la iscrizione, non si determinò per il motivo di essere stata tale iscrizione presa ne'dieci giorni prima dell' abbandono della successione. Vi si dice semplicemente: « Atteso, d'altronde che quando Prévot prese iscrizione il giorno 8 piovoso anno 7, la decozione della successione del debitore avea una certezza; che, in tale stato di cose, *a' termini dell' antica giurisprudenza, niun creditore migliorar poteva la sua condizione in pregiudizio degli altri*: d'onde segue che la sentenza impugnata, nel dichiarar nulla e inefficace la iscrizione presa da Prévot in questa occasione, non ha violata alcuna legge ». Nello spirito della Corte di cassazione, non poteva esser questione dell'applicazione della legge di brumaio, la quale taceva sulla difficoltà, in modo che dovea risolversi dietro i principj antichi. Non poteva neppure esser questione dell'art. 2146 del Codice civile, poichè la causa giudicata avea origine prima della pubblicazione di detto Codice. La iscrizione fu annullata per la sola ragione che l'eredità era stata abbandonata; e lo sarebbe stata del pari, se fosse stata presa anteriormente a' dieci giorni precedenti l'abbandono. Risulta questo dalle conclusioni del signor Merlin, se si confrontano colla dispositiva della decisione. Egli fu d'avviso che la sentenza denunciata non avea violata alcuna legge allorchè pronunziato aveva la nullità dell'iscrizione, e che aveva al contrario giudicato bene, *quantunque con de' cattivi motivi.*

Convien soggiugnere che sarebbe difficile il credere che il legislatore abbia avuta l'intenzione di dichiarar nulla la iscrizione ove fosse presa ne'dieci giorni precedenti l'accettazione della eredità col beneficio dell'inventario, o la vacanza; e che ella sarebbe valida, se, quantunque presa dietro l'apertura della successione, avesse una data anteriore ai dieci giorni. Il motivo si è che ogni creditore, il quale discostar si volesse dalle leggi della delicatezza, potrebbe darsi a suo piacimento una iscrizione anteriore a questi dieci giorni. E a ciò facilmente giugnerebbe coll'impegnar l'erede, adescandolo con qualche profitto e in altra qualsiasi guisa, a ritardare o l'accettazione col benefizio d'inventario, o la renunzia all'eredità fino a che non spirino i dieci giorni, a contar da quello della iscrizione: perocchè, sino a tanto che non vi ha adizione di eredità, e che le cose giacciono intere, è indifferente, nell'interesse dell'erede, che egli tardi più o meno ad accettare col beneficio d'inventario, o a ripudiare; mentre non è così nel caso di fallimento. Un fallimento non si può far correre o ritardare a volontà.

Finalmente, la regola che la iscrizione sarebbe inefficace se si facesse dietro l'apertura della successione, o prima o dopo i dieci giorni precedenti

l'accettazione beneficiata o la vacanza, si concilia co' principj della materia. Sopra di ciò giova ripetere quel che il citato signor Merlin diceva nello stesso discorso: « Per verità, in forza dell'assioma che *il morto impossessa il vivo*, l'erede acquista di pieno diritto la proprietà ed il possesso di tutti i beni che appartenevano al defunto; ma, perchè questo avvenga, è necessario che l'erede ne abbia la volontà, e dimostri questa sua volontà o con una espressa dichiarazione, o col fatto; mentre *niuno è erede senza che il voglia*. E se, lungi dall'accettare la successione, alla quale vien chiamato, egli la renunzia, gli effetti di questa renunzia rimontano all'istante medesimo della morte; egli si presume di non essere stato giammai investito di alcun diritto, e la eredità si ha come vacante, ed abbandonata *fin dal primo momento della sua apertura*. Per la stessa ragione, se l'erede accetta con beneficio d'inventario, una tale accettazione retroagisce *al momento dell' apertura della successione*, e si presume che egli abbia raccolto i beni *fin dal principio* come un erede beneficiato. Quindi, nell'uno e l'altro caso, l'eredità presumesi nello stato di decozione *dall' istante che fu aperta*. Nell'uno e l'altro caso, ogni acquisto d'ipoteca è divenuto impossibile a contare da questo istante. Nell'uno e l'altro caso, è indifferente che un'ipoteca sia stata data *prima o dopo i dieci giorni* che hanno preceduto sia la rinuncia, sia l'accettazione beneficiata ».

Eccezione a questo riguardo per le ipoteche anteriori alla legge di brumaio.

121. Ma per il caso dell'eredità beneficiata o vacante, si deve applicare quella medesima eccezione che ho già spiegata per il caso del fallimento, rispetto a' creditori che avevano un'ipoteca anteriore alla promulgazione della legge di brumaio, giacchè le ragioni sono le stesse; il che è stato giudicato, per il caso particolare, con tre decreti della Corte di cassazione, de' 17 dicembre 1807, 5 settembre 1810, e 4 luglio 1815 (1). Quest'ultimo decreto è tanto più importante in quanto che ha giudicata la questione nella circostanza di un'eredità vacante prima della legge di brumaio, in pregiudizio della quale erano state prese delle iscrizioni nel 1813 e 1814, vigente il Codice civile. Questa decisione conferma quello che dissi nel numero precedente, cioè, che niuna differenza vi era fra una eredità accettata con beneficio d'inventario ed una eredità vacante. Conviene nondi-

(1) Raccolta di Denevers, anno 1808, pag. 6, al Suppl.; anno 1810, pag. 512; anno 1815, pag. 559.

meno osservare, che quando l'iscrizione vien presa dopo il termine stabilito, per le iscrizioni delle antiche ipoteche, dalla legge di brumaio, e dalle leggi posteriori che l'hanno prorogato, e quindi sotto l'impero del Codice civile, essa non conferisce l'ipoteca se non a contare dalla sua data. Allora si fa ritorno alle regole generali, che riguardano le iscrizioni di ogni specie, astrazion fatta dal caso di fallimento, e da quello dell'eredità vacante o beneficiata. Ciò propriamente resulta dalla dispositiva di quel decreto de'4 luglio 1815.

I suddetti principj devono essi applicarsi alle eredità pervenute a' minori?

122. Persil, *Regime ipot.*, sull'art. 2146, n. 13, agita la questione di sapere se i principj da me esposti debbono o nò applicarsi all'eredità pervenute a' minori, giacchè non possono in altra guisa accettarsi che con beneficio d'inventario. Egli si decide per l'affermativa, ed eccone i motivi: » Pare, senza dubbio, che vi sieno potenti ragioni per proporre delle modificazioni; ma poichè la legge è questa, e che non fa distinzione, non possiamo farne neppur noi. Il legislatore conosceva che i minori non altrimenti accettar potevano se non con beneficio d'inventario; e s'egli non ha fatto eccezione in favore de'loro creditori, è perchè ha voluto trattarli come gli altri ».

Questo sagace scrittore ha perfettamente sentita la difficoltà; io non saprei uniformarmi al suo parere. Egli ha traveduto de' dubbj; e, a quel che mi pare, è stato soverchiamente timido intorno alla soluzione della questione. Io penso che i principj, de' quali si tratta, non possono applicarsi ad una successione accettata da un minore, o, piuttosto, per un minore; il che non può farsi se non con beneficio d'inventario. Allorchè il legislatore, nell'art. 2146 del Codice, ha detto, *e nel caso in cui l'eredità non sia stata accettata che con beneficio d'inventario*, mi pare evidente non aver egli avuto in mira se non il caso delle accettazioni fatte da' maggiori sotto questo titolo del beneficio d'inventario. E quale n'è la ragione? Che, in tal caso, si presume la insolvibilità della successione. Questa presunzione emerge dall'avveduta precauzione, presa da un maggiore contra il corso ordinario delle cose, per evitare la confusione de'suoi proprj beni con quelli del defunto, e di rimuovere da lui l'obbligo di pagare i debiti *ultra vires*. Questo maggiore opera volontariamente; ma il motivo della legge è estraneo ad un minore. La legge, art. 461 del Codice civile, determina, soltanto rispetto allo stato di minorità, la necessità di un'accettazione col beneficio d'inventario; o, per meglio dire,

essa dà ad ogni accettazione di eredità, per parte di un minore, il carattere di accettazione beneficiata. Questo carattere è indipendente dalla vovolontà del minore. D'altronde, convien badare al resultato dell'art. 461. Vi si dice: Il tutore non potrà accettare nè renunziare un'eredità devoluta al minore, senza un'autorizzazione del consiglio di famiglia: l'accettazione non avrà luogo altrimenti che con beneficio d'inventario ·« Se il tutore non è autorizzato a renunziare, l'accettazione ne diviene una conseguenza; e di là deriva, benchè l'accettazione debba aver luogo con beneficio d'inventario, una esclusione dell'idea che l'eredità sia nello stato d'insolvibilità o di decozione. Or, è unicamente da tale stato, che nasce il principio della nullità della iscrizione.

Può dirsi ancora che, malgrado la disposizione dell'art. 461, che in sostanza è molta savia, quello che ha rapporto all'accettazione dell'eredità pervenute a'minori, non differisce essenzialmente da ciò che si praticava sotto l'antica legislazione. Acciò un tutore avesse potuto ripudiare una eredità, doveva essere autorizzato dal consiglio di famiglia. Ma, allorchè non trattavasi di renunzia, potevasi l'eredità accettar dal minore, o per lui, in quella stessa guisa colla quale l'accettavano i maggiori. Nondimeno, il minore era sempre nel caso di rivenir contra l'accettazione, ed anche contro quella da lui personalmente fatta, ne' dieci anni a contare dalla sua maggiorità: ciò che, relativamente all'effetto, tornava collo stato attuale delle cose. Il minore potea sempre farsi giuoco della sua qualità; e, nondimeno, non applicavasi all'eredità, ch'egli raccoglieva, il principio relativo alle eredità devolute a'maggiori, e da questi accettate con beneficio d'inventario. Quindi è che, nell'attual legislazione, non può motivarsi un cambiamento.

La difficoltà, per altro, richiama l'attenzione del legislatore, ove la legge dovesse assoggettarsi a revisione. Alla conservazione delle ipoteche, non debbon frapporsi inutili ostacoli, nè moltiplicare le nullità.

I principj relativi ai fallimenti sono essi applicabili ai casi dell'insolvibilità o di decozione di un debitore non commerciante?

123. È una questione importante, e che merita di essere esaminata, quella di sapere se le leggi che concernono i fallimenti, in quanto alla validità o invalidità della iscrizione, sieno applicabili allo stato d'insolvibilità in cui pretenderebbesi esser caduto un debitore non commerciante; stato che venne conosciuto in ogni tempo sotto la voce di *decozione*. Giusta il prescritto dall'art. 180 dello Statuto di Parigi e dall'art. 449 di quello di

Orléans, che sono uniformi, vi è decozione del debitore allorchè i suoi beni sì mobili che immobili non sono sufficienti a pagare i creditori apparenti. Allora, nel caso di sequestro de' mobili, il creditore sequestrante non godeva preferenza alcuna su gli altri creditori, contra la regola generale. Essi concorrevano tutti per contributo sui beni mobili del debitore. Per gl' immobili eravi parimente contributo, ma ciò avvenir poteva sol quando tutti i creditori fossero stati chirografarj, mentre i privilegj e le ipoteche erano sempre conservate. Quindi la *decozione* non altro dinotava che la *insolvibilità*; però lo stato di decozione o d' insolvibilità non era sempre riconosciuto e verificato. Egli veniva soltanto qualche volta supposto, e quel che il prova, sono i termini *creditori apparenti* con che si esprimevano i due Statuti di Parigi e di Orléans, che costituivano il diritto comune della Francia, ad eccezione dei paesi ne' quali vigevano leggi e statuti contrarj : vi si leggeva, che se fra i creditori *apparenti* insorgevano questioni sulla sufficienza, o insufficienza de' beni, i primi che si presentavano dovevano avere il prezzo de'mobili da essi sequestrati, o venduti, dando cauzione di restituirli, *nel caso in cui i beni del debitore non fossero sufficienti.* Pothier, sull'art. 447 dello Statuto d' Orléans, nota 5, sviluppa i motivi di questa legislazione. Essa si prefiggeva, dice questo scrittore, di evitare le frodi e le collusioni: un debitore decotto, al quale in questo caso la legge inibisce di favorire uno de'suoi creditori più che gli altri, potrebbe avvertire il creditore, che vorrebbe favorire, di pignorare i suoi effetti. Ad evitare atta collusione lo Statuto rifiuta la preferenza al primo pignorante nel caso della decozione.

Ma vi è forse in tutto ciò un segno caratteristico di questo stato di decozione o insolvibilità, dopo del quale ricever non si potesse ipoteca mercè un titolo sugl' immobili di un particolare? Nella legislazione antica nulla vi è che servir possa di guida sicura su tale assunto. Dunque vi è ragion di credere che un semplice stato, come quello al quale, sotto l'impero dell'antica legislazione, erasi attribuito il nome di *decozione*, non rendeva nulla un'ipoteca, o almeno di niun diritto. Si può ignorare questo stato d'insolvibilità, prestarli di buona fede, e prendere anche un' iscrizione sopra i di lui immobili. Vi è una gran differenza fra un negoziante o mercante ed un particolare che non è tale. Il negoziante ha il carattere di uomo pubblico: il credito è l'anima del suo commercio; l'esercizio del suo stato è l' oggetto di una particolar vigilanza della legge sotto parecchi rapporti. Il mantenersi o l'infievolirsi del suo credito viene guardato con attenzione, e può a non pochi segni esser riconosciuto, mentre a chi non è commerciante o mercante, sì fatti segni sono del tutto estranei.

Chi prestasse ad un negoziante o commerciante, o prendesse contra di lui iscrizione ne' dieci giorni precedenti il fallimento, si presume aver preveduto questo avvenimento. Or, le istesse supposizioni far non si possono rispetto ai creditori di ogni altra persona estranea al negozio o al commercio.

Quindi è che questa idea di nullità di iscrizione per un semplice stato d'insolvibilità, più o meno determinato, non può emergere da verun articolo della nostra legislazione. Nell' art. 11 della legge de' 9 messidoro anno 3, stava detto che le sentenze emanate ne' dieci giorni anteriori al *fallimento*, *bancarotta*, o cessazione di pagamenti di un *commerciante*, non sono suscettibili d' ipoteca. L' art. 5 della legge di brumaio fu concepito ne' seguenti termini: « L' iscrizione presa ne' dieci giorni anteriori al fallimento, bancarotta, o cessazione pubblica di pagamenti di un *debitore*, non conferisce ipoteca ». La sostituzione della voce *un debitore* a quella di *un commerciante*, che si legge nell'art. 11 della legge de' 9 messidoro anno 3, forse ha dato luogo a supporre che la legge di brumaio riferivasi a qualunque debitore commerciante, o nò; il che avrebbe potuto dar l'idea della decozione o semplice insolvibilità vera o presunta. Tale conseguenza però non sarebbe stata fondata, dappoichè è innegabile che questo art. 5 era concepito colla idea di *fallimento*, *bancarotta* o *cessazione di pagamenti*; e qui vi sono caratteri proprj che alla decozione non convengono. Finalmente, l'art. 2146 del Codice civile, parla manifestamente de' fallimenti e dell'eredità accettata con beneficio d'inventario. Gli articoli 442 e seguenti del Codice di commercio, hanno per mira il fallimento; e questo, secondo la stessa legge, ha un carattere legale per la dichiarazione dell'epoca in cui è aperto. Di più, non vi è fallimento propriamente detto, che per il solo commerciante, secondo l' art. 437. Sicchè è uopo dire non poter la legislazione applicarsi se non ad un fallimento propriamente detto, o ad una eredità beneficiata o vacante. Questi sono i soli casi indicati dalla legge; in guisa che se allo stato, che anticamente s' indicava col nome di *decozione*, applicar si volessero le disposizioni legislative che ho accennate, non vi sarebbero solide basi; nè al certo idear si possono nullità da assimilarsi paragonabili a disposizioni penali, allorchè dalla legge non vengono stabilite.

Per verità, negli art. 1276, 1446, 1865, 1913 e 2032 del Codice civile, si parla della *decozione*: ma penetrandoci delle disposizioni de' referiti articoli, e del loro oggetto, siamo convinti che il legislatore non ha inteso confondere il fallimento colla decozione; che il fallimento rimane sempre colle sue regole particolari; e che, giusta lo spirito di questi articoli, lo stato di *decozione* non è altro se non quello d'*insolvibilità*. Quest' ultimo

stato doveva di necessità esser preso in considerazione dal legislatore in certe occasioni, per la ragione che rammenta bene spesso le frodi per parte del debitore, sia per deluderne tutti i suoi creditori di qualunque specie sieno, sia per favorirne alcuni in pregiudizio degli altri; e perchè anche questo stato, ove si supponesse, permetter doveva alcune procedure per parte de'creditori, tendenti alla conservazione de' loro diritti. Il legislatore però non ha stabilita regola alcuna, da cui possa desumersi la nullità dell'ipoteche conferite, o delle iscrizioni prese prima che vi fosse una insolvibilità evidente, ed incontestabile.

D' altronde, dovendosi assimilare lo stato di *decozione*, di qualsiasi persona non commerciante a quello di *fallimento*, che riguarda solamente il commerciante, farebbe d'uopo conchiudere che tutte le vendite, quietanze, o ipoteche consentite da colui che senza essere commerciante caderebbe nello stato di *decozione*, ne' dieci giorni anteriori all'epoca in cui si fatto stato di decozione verrebbe verificato, sarebbero nulle, come quelle che fossero fatte dal fallito ne' dieci giorni precedenti l'apertura del fallimento. Difficile però sarebbe andar fino a quel punto, dappoichè niuna legge pronunzia nullità in questi casi. È noto assai bene, e particolarmente in fatto di nullità, che non si può estendere un caso ad un altro. Tale principio deve essere rigorosamente seguito, quando si tratta di eccezioni. Le disposizioni stabilite dalla legge, possono essere considerate come eccezione alle regole generali, e si sà che l' eccezione deve sempre esser limitata al caso per il quale venne stabilita.

Conosco tre decisioni di Corti di appello emesse sulla questione di sapere se le regole relative al fallimento, dovevano applicarsi per i casi d'insolvibilità o decozione di qualunque debitore, commerciante, o nò. La prima è della Corte di Brusselles, de' 17 febbraio 1810; la seconda, della stessa Corte, è de' 23 marzo 1811; la terza, della Corte di Rennes, è de' 24 marzo 1812.

Nelle due prime, egli è impossibile ravvisare un'applicazione sicura dei principj che riguardano i fallimenti e lo stato di decozione, benchè vi si veda una propensione a stabilire una somiglianza fra i due casi. Nondimeno, queste due decisioni sono giustissime; ma questo non può essere che in considerazione delle circostanze, astrazion fatta dalla più o meno giusta applicazione dei principj d'un caso ad un altro. Per ciò che riguarda la decisione della Corte di Rennes, io la credo meritevole di particolare attenzione, rinvenendosi nella medesima un'esatta esposizione dei principj sul proposito. Il fallimento e la decozione vi sono distinti con precisione; e se deve aver luogo la nullità degli atti nel caso di decozione, ciò non è per gli stessi principj e con lo stesso modo col quale pronunziar si deve la nullità nel caso di fallimento.

Ma ciò che deve fissare le idee, a questo riguardo, è un decreto della Corte di cassazione, de' 2 di settembre 1812. Nella specie di questo decreto, un creditore attaccava di nullità una vendita di beni immobili che il suo debitore avea fatta senz'essere nè mercante nè banchiere. Adduceva per ragione che, all'epoca della vendita, il venditore era nello stato di decozione, e per conseguenza incapace di alienare i suoi beni, in conformità delle leggi relative a' fallimenti. La Corte di Nancy aveva rigettata la pretensione del creditore, e'l ricorso contro la decisione di questa Corte fu rigettato da quella di cassazione. « Attesochè la decisione porta che nel dichiarare che le leggi relative a' fallimenti non sono applicabili a N..., il quale non era nè mercante, nè negoziante, nè banchiere, non ha potuto violare tali leggi, *non regolando* esse gli obblighi contratti dai non mercanti (1) ».

Sicchè tutti gli atti attaccati di nullità, per cagion dello stato di decozione o d'insolvibilità, rientrano nel diritto comune, a seconda de'cui dettami tutto ciò che si fa in frode de'creditori è nullo; e il carattere della frode è necessariamente sottoposto alle circostanze. Ma non si può dire che una iscrizione, presa ne'dieci giorni anteriori allo stato di decozione evidentemente riconosciuto, sia nulla di diritto.

Dell'iscrizione presa contra colui che ha fatta cessione di beni.

124. Veniamo al caso di una cessione di beni, sia volontaria, sia giudiciale per parte di un debitore oberato. Relativamente a una tale questione, convien distinguere il commerciante, o negoziante, da chi non è tale. In quanto al commerciante, o negoziante, una cessione volontaria ed accettata, come quella chiesta al giudice, ha un carattere di fallimento; e, in tal caso, gli si devono applicare tutte le regole relative ai fallimenti. Ma non è lo stesso rispetto al semplice particolare la cui cessione de'beni fosse accettata, o che domandasse di esservi giuridicamente ammesso. L'una o l'altra delle due circostanze prova il dissesto de'proprj affari; ed è ordinariamente una pruova d'insolvibilità; ma non resulta da ciò di dover egli esser considerato qual mercante o negoziante costituito in istato di fallimento, e che una iscrizione presa contro di lui, ne'dieci giorni anteriori alla cessione, sia di diritto nulla. Ciò rientra in quel che ho detto

(1) Sulle quattro citate decisioni veggasi Sirey, anno 1810, parte 2, pag. 235; Denevers, anno 1812, pag. 624 e pag. 54, al Supp.; e anno 1813, pag. 3, al Supp.

circa i casi di decozione o d'insolvibilità. Lo stato degli affari di questo particolare, non commerciante, può non essere conosciuto. Si può essere di buona fede nel prendere ipoteca o iscrizione, anche in questi dieci giorni. La legge non stabilisce in questo caso una frode, supposta di diritto, e che dà luogo *de plano* alla nullità presa in quell'epoca. Nel Codice civile evvi un titolo sulla *cession de' beni*; ed altrove vi si parla del fallimento. Anche il Codice di commercio ha un titolo sulla *cession de' beni*; e in verun luogo il legislatore assimila, almeno sotto l'aspetto in questione, colui che non è commerciante a colui che esercita questo stato, e fallisce.

Potrebbesi opporre a tutto quel che ho detto, che il Codice di commercio, nel libro 3, titolo 2, relativo alla *cessione de' beni*, attribuisce la qualità di *fallito* a colui che fa o domanda tale cessione. Ma questo non è una ragione per dedurne che ogni cessionario reputar si debba propriamente come fallito, nel senso dell' art. 2146 del Codice civile, e dell'art. 443 del Codice di commercio. Penetrandosi alquanto dello spirito della legislazione, si resterà convinto che la qualificazione di *fallito*, e quella di *bancarottiere*, non è diretta se non ai negozianti o commercianti. « Sarà proceduto contro il *commerciante fallito* che si troverà in uno o più de' casi seguenti ec., come *bancarottiere semplice*, e potrà esser dichiarato tale, conformemente all'art. 586 del Codice di commercio. » Nell'art. 593, si legge: « Sarà dichiarato bancarottiere fraudolento *ogni commerciante fallito* che si troverà ec. Le disposizioni di questi articoli, e di quelli che li seguono, sono anche di natura da non potere riguardare se non i negozianti o mercanti che cadono nello stato di fallimento. Conviene avvertire che il commerciante *fallito* può essere ammesso a fare la cessione de' suoi beni del pari che qualsivoglia altra persona che commerciante non sia: può egli aver contratto dei debiti assoggettandosi all'arresto personale, come, a cagion d'esempio, un medico, il quale firmato avesse delle cambiali; e sarà principalmente per liberarsi da detto arresto che domanderà di essere ammesso al benefizio della cessione de' beni: ma per questo motivo egli non ha nè qualità, nè carattere di *commerciante fallito*. Conviene, in fine, uniformarsi all' art. 437 del Codice di commercio, ove sta detto: « *Ogni commerciante*, che cessa di fare i suoi pagamenti, è nello stato di *fallimento* ». Questo articolo regola le disposizioni tutte del libro terzo de' *fallimenti* e delle *bancherotte*; e ravvicinando il medesimo articolo, e le sue disposizioni all'art. 2146 del Codice civile, si resta pienamente convinti che quest'ultimo, come del pari l'art. 443 del Codice di commercio, si riferisce *a' commercianti falliti*, e non ad altri, benchè ammessi al benefizio della cessione dei beni. Ciò che termina di dimostrarlo

è che l'art. 2146 ha preso per base della nullità delle iscrizioni il caso in cui *esse sono prese nel termine durante il quale gli atti fatti prima della apertura del fallimento sono dichiarati nulli.* Il legislatore, pronunziando questa nullità, non ha preso in mira se non un *negoziante fallito.*

Dunque, io porto opinione che difficil sarebbe di considerare come nulla di diritto una iscrizione presa, contra un debitore che fa la cessione de'beni ne' dieci giorni che precedono tal cessione. Io credo che, come nel caso di decozione, la sorte delle iscrizioni prese prima della cessione, o anteriormente alla domanda diretta a farla ammettere, dipender deve da'principj generali in materia di frode, la cui applicazione è subordinata alle circostanze.

La regola per l'iscrizioni, prese per gli altri crediti, è ella la stessa per le iscrizioni prese, in caso di fallimento, pe'privilegj o ipoteche legali?

125. Allorchè più sopra ho detto che le iscrizioni prese ne'dieci giorni anteriori al fallimento erano nulle, come quelle prese dietro l'apertura di una successione accettata in seguito con benefizio d'inventario, o che diveniva vacante, non mi sono spiegato se non relativamente alle ipoteche ordinarie. Ma pe'privilegj e ipoteche legali, per le quali si fossero prese delle iscrizioni per le stesse circostanze, è forse lo stesso? Tale questione è importante, e presenta delle serie difficoltà, in modo che richiede di essere esaminata.

L'art. 2146 del Codice civile comprende nella medesima nullità il *privilegio* o *ipoteca* per i quali le iscrizioni sono state prese. L'articolo 443 del Codice di commercio dice: « Niuno può acquistar *privilegio* nè *ipoteca* sopra i beni del fallito, ne' dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento ». Prendendo questi articoli in senso assoluto, farebbe d'uopo concludere che i principj, i quali trovansi ne' medesimi consacrati, sono indistintamente applicabili a tutti i privilegj e a tutte le ipoteche. Ma una tal conclusione resisterebbe ad altri principj stabiliti nella legislazione su questa materia, ed è indispensabile di conciliarli colle disposizioni di questi due articoli della legge. Mi spiegherò primieramente su ciò che riguarda i privilegj, e quindi su ciò che si riferisce alle ipoteche legali.

Riguardo a'privilegj, ve ne sono di quelli che si conservano senza la iscrizione, ed altri che sono sottoposti ad una iscrizione, che deve esser presa in un termine più o men lungo. Or, riguardo a'privilegj esenti dalle formalità della iscrizione, è evidente che i creditori, cui apparten-

gono, presentar si possono col medesimo vantaggio dopo l'apertura del fallimento, come avanti.

Rispetto a' privilegj soggetti alla formalità della iscrizione, bisogna distinguere: o all'istante dell'apertura del fallimento, o dell'apertura della successione accettata con benefizio d'inventario, o divenuta vacante, il creditore era ancora nel termine concessogli per prendere iscrizione; o questo termine era spirato. Nel primo caso, non vi è difficoltà che il creditore possa esercitare il suo privilegio colla data cui risale per legge, poichè, fino allo spirare del termine in cui la iscrizione si potea prendere, il privilegio sussiste tale quale la legge lo ha creato. Nel secondo caso, il privilegio non ha potuto essere conservato risalendo alla data del fatto al quale la legge lo ha applicato: esso non può prendere il suo grado, se non come ipoteca, dal giorno della iscrizione. La ragione si è che, secondo i termini dell'art. 2113, lo spirare della dilazione, senza che sia stata presa iscrizione, ha fatto degenerare il privilegio in semplice ipoteca contro la cosa sulla quale il privilegio colpiva. L'iscrizione non ha potuto aver in mira che un'ipoteca, e questa rientra ne' principj concernenti tutte le ipoteche in generale per il caso dell'apertura di un fallimento; o per quello dell'apertura della successione accettata in seguito con benefizio d'inventario, o che diventa vacante. L'ipoteca prosegue ad esser legale, nel senso che sussiste, come per lo innanzi, senza stipulazione e senza sentenza di condanna; ma, sotto il rapporto de' diritti che vi sono inerenti, questa ipoteca è subordinata al diritto comune.

Andando dietro alle distinzioni da me fatte, la iscrizione per i privilegj fissati dagli art. 2109 e 2111 del Codice civile, che non fosse stata presa nel termine stabilito dalla legge, e che non lo sarebbe se non all'epoca di cui si tratta, correrebbe il destino di tutte le altre iscrizioni di ipoteche ordinarie fatte nelle medesime epoche (1). Lo stesso sarebbe del privilegio enunciato nell'art. 5 della legge de' 5 settembre 1807, relativa a' diritti del tesoro pubblico sui beni de' contabili, il quale, con avviso del Consiglio di stato de' 25 febbraio 1808, è stato dichiarato comune al tesoro della corona. Coll'interesse medesimo osservar si dovrebbe quello enunciato nell'art. 3 della legge dello stesso giorno, 5 settembre, relativo al modo di riscuotere le spese di giustizia a favore del tesoro pubblico in materia criminale, correzionale e di polizia.

(1) Circa il privilegio indicato nell'art. 2109 del Codice civile, che è quello di pareggiare le quote fra i coeredi, e condividenti, si vegga quel che ho detto nel mio *Trattato delle donazioni*, tom. 1, pag. 672 e 673, 2.ª edizione.

Ma il principio di decadenza o di riduzione dell' effetto della iscrizione del privilegio, nel caso in questione, non può riguardare nè il privilegio dei crediti indicati nell'art. 2101 del Codice civile, perchè tale privilegio è esente dalla iscrizione in forza dell'art. 2107, nè quello stabilito dall'art. 2110, relativo agli architetti, intraprenditori, muratori, ec. Ivi sta espresso con chiarezza, che essi conserveranno il loro privilegio dalla data della iscrizione del processo verbale comprovante lo stato de' luoghi: ma la legge però non ha fissato un tempo dentro del quale far si debba cotale iscrizione, sotto pena di ridurre il privilegio a semplice ipoteca. Già si comprende che io parlo di costruzioni fatte prima di un fallimento, che i costruttori non potevano prevedere, e che per questa ragione non potrebbero esser vittima d'un difetto d'iscrizione anteriore all' apertura del fallimento, o anche a' dieci giorni che lo avrebbero preceduto. Le loro costruzioni sono un fatto materiale che assicura il loro credito mediante il suo privilegio. Non parlo delle costruzioni fatte in virtù di un partito concluso dopo l' apertura del fallimento, o ne' dieci giorni che lo precedono, poichè un tal fatto non è presumibile. Neppur decadenza vi è per difetto d'iscrizione contra il privilegio del venditore e di colui che somministra il danaro, che è stabilito dall'art. 2108, poichè non vi è termine fissato per la iscrizione.

È appunto questo difetto di stabilire il termine, che si osserva tanto nella legge di brumaio, quanto nel Codice civile, il quale ha dato luogo all'estensioni del modo di conservare il privilegio del venditore, di cui parlo nella sezione 3, cap. 1 della seconda parte. L' iscrizione non costituisce il privilegio, come costituisce l' ipoteca: essa non gli dà grado che dal giorno che vien presa, come lo dà alla ipoteca: il privilegio esiste per la sola natura del credito, e l' iscrizione altro non è se non che una formalità *per dargli effetto, e non per crearlo*. È dunque evidente che il creditore, il quale prende un' iscrizione per simile oggetto, altro non fa che adempire una formalità per *conservare* un diritto, e non per acquistarlo (1). D' altronde, come si potrebbe egli annullare un' iscrizione presa all'effetto di conservare il privilegio del prezzo di una vendita, per la ragione che, casualmente, dietro la determinazione dell' epoca dell'apertura di un fallimento, questa iscrizione sarebbe stata fatta ne' dieci giorni

(1) Devo avvertire che qui non fo se non che ripetere l'espressioni che si trovano in una discussione che precedè un decreto della Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, de' 16 luglio 1818, *Denevers*, anno 1818, pag. 598, perchè le idee ne sono perfettamente esatte. Io le analizzo con più particolarità nel luogo sopra enunciato.

che l'avrebbero preceduta; poichè, come dirò in appresso, il venditore, il quale non avesse presa alcuna precauzione per conservare il suo privilegio sul prezzo, potrebbe, secondo la giurisprudenza stabilita, chiedere, per mancanza del pagamento del prezzo, la risoluzione della vendita, e la rivendicazione del fondo venduto?

Nondimeno, il decreto de' 16 di luglio 1808, pocanzi citato nella nota, pare che abbia giudicato che l'iscrizione presa per un privilegio di vendita ne'dieci giorni anteriori all'apertura del fallimento, doveva esser nulla, secondo l'art. 2146 del Codice. Ma un tal decreto non deve esser considerato come legge sopra questo punto. Le circostanze hanno necessariamente influito sulla decisione. Infatti, il creditore, per facilitare gl'imprestiti a'debitori, aveva consentito alla radiazione d'una iscrizione presa nell'anno 13. Quindi, giudicando che, una nuova iscrizione era nulla, fu deciso, nel medesimo tempo, che egli non poteva essere ammesso a chiedere la risoluzione della vendita, perchè si presumeva che egli aveva rinunziato a un tal diritto, per la ragione che aveva assistito alla vendita per espropriazione forzata, e che si era presentato al giudizio di graduatoria onde essere graduato sul prezzo: in guisa che parrebbe che questo creditore sarebbe stato privato di ogni qualunque diritto. Sarebbe inutile il far delle osservazioni su questa decisione in sè stessa: mi basta di poter dire che la decisione non giudica la questione in tesi.

Nondimeno, osserverò che sarebbe a proposito che i privilegj, i quali dovrebbero essere iscritti in un dato termine fissato dalla legge, ma che non fosse spirato alle epoche indicate nell'art. 2146, lo fossero sempre prima dello spirare di questo termine, benchè posteriormente a dette epoche.

Dell'applicazione del principio alle ipoteche legali.

126. Passo alle ipoteche legali. Bisogna anche distinguere, fra queste ipoteche, quelle che sono libere dall'iscrizione, da quelle che sono soggette ad una tal formalità.

Rispetto alle prime, elle possono esercitarsi, astrazion fatta da ciò che riguarda l'apertura del fallimento. Non è la iscrizione che dà loro l'esistenza o l'efficacia; esse esistono con tutti i loro effetti, ed in tutta l'estensione, indipendentemente dalla formalità dell'iscrizione, risalendo ai fatti ai quali la legge le applica. L'iscrizione non è necessaria per dare un grado alle medesime. Se si prende questa iscrizione, ciò avviene per-

chè vi sono delle circostanze nelle quali convien farle conoscere. Ciò è anche necessario quando si tratta di aprire una graduatoria su i beni del debitore.

Ma rapporto alle ipoteche che, quantunque legali, sono sottoposte alla iscrizione, e per le quali non trovasi accordato alcun termine entro il quale debba prendersi l'iscrizione, da tutto ciò che è stato detto resulta che l'ipoteca non prendendo grado, se non dal giorno dell'iscrizione, questo grado non si stabilisce se non quando l'iscrizione è presa in un tempo utile, come tutte l'iscrizioni in generale. La legalità di queste ipoteche altro vantaggio non dà loro se non quello di esistere in forza della legge, senza contratto o senza sentenza di condanna, e di gravitare, per effetto della generalità, su tutti i beni presenti e futuri: ma, essendo sottoposte alla pubblicità dell'iscrizione, e la legge non dando loro un grado se non dal giorno di questa iscrizione, esse per questo solo ricadono nella regola delle ipoteche in generale.

Delle iscrizioni che gli agenti e sindaci dei fallimenti sono obbligati di prendere in forza degli art. 499 e 500 del Codice di commercio.

127. L'art. 499 del Codice di commercio impone l'obbligo agli agenti, e a'sindaci nominati per i fallimenti, di richiedere l'iscrizione ipotecaria su i beni stabili de' debitori del fallito, quando non sia stata da lui richiesta, e se egli abbia dei titoli ipotecarj. L'art. 500 dice, che essi saranno anche obbligati, in nome della massa dei creditori, di prendere iscrizione sugli stabili del fallito, di cui conosceranno l'esistenza. Ciascuno di questi articoli regola le formalità particolari per tali iscrizioni.

Le disposizioni di questi articoli sono oltremodo savie: lo scopo del primo è di conservar le ipoteche che appartener potessero al fallito, e che potrebbero esser purgate in suo pregiudizio per mancanza di atti conservatorj, i quali non si devono aspettare da un uomo che si trova in stato di fallimento. L'oggetto del secondo è di conservare alla massa intera dei creditori i crediti che ciascuno di essi potrebbe ignorare. Presumendosi che gli agenti e i sindaci si abbian procurate le notizie proprie a questo riguardo, in seguito delle prime nozioni che sono obbligati di acquistare intorno agli affari del fallito, e sulla conoscenza dei titoli, dovevano naturalmente essere incaricati di queste iscrizioni. L'art. 500 ha pure un altro scopo importante. Il fallito può avere delle proprietà lontane dal suo domicilio: lo stato del suo fallimento potrebbe essere sconosciuto, e i terzi, trattando con lui, potrebbero esser vittime della loro buona fede.

Nondimeno, la natura di tutte le ipoteche individuali non si cangia; tutto si confonde nella massa. Gli effetti operati sulla determinazione dei crediti, mediante l'apertura del fallimento, restano sempre. Quindi, secondo il senso in cui deve intendersi questo articolo, una decisione della Corte reale di Digione, de' 26 febbraio 1819, ed un'altra della Corte reale di Limoges, de' 26 giugno 1820, hanno giudicato che un'iscrizione presa dai sindaci di un fallimento, in forza di questo stesso articolo, non operava la rinnovazione della iscrizione di uno dei creditori, che doveva farsi prima dei dieci anni della sua data; che questo creditore avrebbe dovuto egli stesso rinnovare la sua iscrizione. Nella sentenza del tribunale civile di Limoges confermata in grado di appello, è detto: « L'iscrizione presa in forza dell'art. 500 del Codice di commercio, non ha altro scopo se non quello di rendere più notorio lo stato del fallimento, e d'impedire che i fondi possano vendersi clandestinamente, ed in danno della massa; ma essa non conserva ad ogni creditore se non *i diritti ch' egli definitivamente poteva avere*, senza che ne resulti alcuna preferenza. Sicchè, questa iscrizione non ha per oggetto nè di conferire un'ipoteca già acquistata e non iscritta prima del fallimento, nè di prorogare il termine di dieci anni, quando l'ipoteca iscritta non è stata rinnovata in tempo ». Le medesime idee resultano dalla decisione della Corte reale di Digione. Queste due decisioni si leggono nella Raccolta del continuatore di Denevers, anno 1821, pag. 69, *Supp.* Sul senso dell'art. 500, può riscontrarsi il Corso di diritto commer., di Paradessus, tom. 3, pag. 280, e Lo Spirito del Codice di commercio di Locré.

Osservo che quasi tutte le legislazioni ipotecarie danno l'esempio di simili misure. Nell'art. 18 dell'editto del 1771 è detto: « I sindaci e direttori di creditori riuniti potranno opporsi nel detto nome; ed, in forza di questa opposizione, essi conserveranno i diritti di tutti i detti creditori ». Questo articolo era conforme all'art. 2 dell'editto di febbraio 1683, contenente un regolamento per la vendita degli uffizj e distribuzioni di prezzo, e all'art. 2 della dichiarazione del 17 giugno 1703, relativo alla stessa materia. Gli scrittori insegnano ancora che queste misure avevano per motivo di evitare le spese delle moltiplicate opposizioni che si sarebbero fatte in nome di ogni creditore, il che può applicarsi oggi alle iscrizioni.

Dell'effetto delle domande dirette contra l'erede, sotto al rapporto delle ipoteche su i beni della successione. Nuova difficoltà che presenta l'art. 2146.

128. Evvi a questo proposito un principio importante dal quale derivano molte conseguenze che si applicano a diverse parti della legislazione, ed, allora, esso merita una grande attenzione. Il principio è, che i creditori, semplicemente chirografarj del defunto, non possono ottenere ipoteche su i beni della successione in pregiudizio degli altri creditori chirografarj. Parecchi scrittori hanno sviluppato le basi di questa proposizione. Io mi contento di citare Lebrun, che ha particolarmente scritto su questa materia, *Trattato delle succes.* lib. 4, cap. 2, sez. 1, n.° 12 e seg. Parlando della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, la quale è accordata ai creditori del defunto contra quelli dell'erede, ed esaminando la questione di sapere se questa separazione appartiene reciprocamente ai creditori della successione, e a quelli dell'erede, questo autore è obbligato d'invocare il principio da me ora indicato. « Nel diritto romano, egli dice, i soli creditori del defunto dimandar potevano questa separazione, che loro veniva accordata per la massima che la morte fissa lo stato dei beni e de' debiti di un uomo. Ecco perchè, anche *nel nostro diritto*, coloro che sono semplici creditori *chirografarj*, al momento della morte del loro debitore, non possono mai divenire creditori *ipotecarj della sua eredità*, ma solo del suo erede ». Nel num. 16, ei vi ritorna dicendo: « Poichè, come si è provato, lo stato degli affari del defunto regolandosi dalla sua morte, ed essendo bene a proposito di dire che da questo momento *i suoi beni ed i suoi debiti non possono più accrescersi, nè diminuirsi*, sarebbe ingiusto che, malgrado i suoi creditori l'erede confondesse tutto intromettendosi nell'eredità senza conto nè misura: ed ecco quel che si permette d'impedire ai creditori del defunto, richiedendo a tempo e luogo la separazione dei beni ».

Per verità, qui trattasi della separazione de' patrimonj fra i creditori del defunto e quelli dell'erede, per evitare le conseguenze della confusione, la quale si opererebbe coll'adizione d'eredità per parte dell'erede. Ma, dal resultato dello stesso principio, ben si ravvisa che i diritti respettivi dei creditori del defunto debbono restar tali quali erano sopra i suoi beni, all'epoca della morte del debitore; altrimenti, il più accorto fra i creditori chirografarj del defunto, quello che a ragione della sua abitazione ne conoscesse la morte prima dei creditori lontani, diverrebbe creditore ipote-

cessione, il diritto d'ipoteca apparterrebbe a quei creditori i quali, essendo più accorti, arrivassero i primi nel santuario della giustizia, e diverrebbe per essi il premio della corsa, ultima circostanza nella quale i creditori del luogo ove si apre la successione avrebbero un vantaggio di situazione insormontabile, rispetto agli esterni, poichè essi potrebbero ottenere una ipoteca giudiciale, anche prima che i portatori di effetti di Marsiglia e di Amburgo avessero conoscenza della morte del debitore comune; e d'altronde, *in questo caso, che ne sarebbe dei crediti a termine?* » Questa ultima riflessione è profonda ed estremamente giudiziosa. È noto, in fatti, che vi sono de' casi ne' quali, giusta la legislazione, non si può ottenere ipoteca prima che spiri il termine.

Il decreto della Corte di cassazione, che rigettò il ricorso prodotto contro quella decisione della Corte reale di Rouen, ha più direttamente confermato il principio. « Atteso, vi è detto, che è massima di tutti i tempi, e di tutti i luoghi, che la morte fissa la sorte dei creditori e lo stato dei beni del defunto, e che quindi *non è in facoltà dei creditori chirografarj di una eredità il convertirsi in creditori ipotecarj* ».

Ma la soluzione di simile questione fa nascere una seconda difficoltà sul modo d'intendere l'art. 2146 del Codice civile. Si è veduto, che in forza di questo articolo, il creditore che ha semplicemente un'ipoteca su i beni del defunto, non può prendere con effetto una iscrizione, dopo l'apertura della successione, *nel caso in cui la successione non venga accettata che con benefizio d'inventario.* Potrebbesi opporre che il creditore il quale ha un'ipoteca anteriore alla morte del debitore, ma che non ha preso iscrizione su i beni prima della morte, rapporto ai creditori chirografarj della successione, non può considerarsi che come un creditore chirografario. L'ipoteca, potrebbe dirsi, non ha ricevuta la sua efficacia, per mezzo della iscrizione, prima della morte del debitore. Seguendo questo ragionamento, potrebbe conchiudersene, che questo medesimo creditore non potrebbe prendere un'utile iscrizione dopo la morte del debitore, e sopra i suoi beni, anche quando l'eredità fosse accettata in un modo assoluto; poichè, dietro il principio espresso di sopra, un creditore chirografario, della eredità, non può, anche quando l'erede accetta indefinitivamente l'eredità, ottenere un'ipoteca sui beni della successione, e convertirsi in creditore ipotecario, invece di semplice creditore chirografario, com'egli era prima della morte del suo debitore.

Ma questo ragionamento sarebbe vizioso, e falsa sarebbe la conseguenza. Non deve mai paragonarsi un creditore il quale ha un'ipoteca su i beni

del suo debitore e che può non aver preso iscrizione, perchè prevenuto dalla morte di questo debitore, ad un creditore, che non ha ipoteca, il quale è puramente chirografario, e che vorrebbe ottenere una condanna ipotecaria, contro i beni dell'eredità nella persona dell'erede. Il creditore che ha una ipoteca su i beni del suo debitore, e prima della morte di questo, non è privato dalla facoltà d'iscriversi con effetto, dopo l'apertura della successione, se non nel solo caso in cui, dopo la iscrizione, l'eredità non viene accettata che sotto benefizio d'inventario, o nel caso, come già ho detto, in cui l'eredità divenisse vacante. Ora, in forza dell'argomento *a contrario*, la facoltà d'iscriversi sussiste se l'eredità è accettata puramente e semplicemente. Allora è una conseguenza dell'ipoteca già esistente. È nello spirito della legge che questa ipoteca riceva il suo complmento, mediante l'iscrizione sulla successione, nello stesso modo che avrebbe potuto riceverlo sul debitore, se non fosse morto, come ciò viene permesso dall'art. 2149 del Codice civile. Quale ne è la ragione? È che, essendo la successione accettata semplicemente con un'adizione perfetta, il creditore si presume in buona fede quando s'iscrive dopo l'apertura della successione. Vi è una continuazione di proprietà, come una continuazione vi è di persona. L'erede puro e semplice è la continuazione della persona del defunto. Lo stato d'insolvibilità della successione resulta dall'accettazione con benefizio d'inventario, o perchè ella diviene vacante. La presunzione che questo stato d'insolvibilità fosse conosciuto è che annulla la iscrizione, come l'annulla nel caso di fallimento; ed è perchè tutto questo non ha luogo quando l'eredità si accetta puramente e semplicemente, che il creditore, il quale ha un'ipoteca prima della morte del debitore può darle un effettivo compimento mercè della iscrizione, quantunque presa dopo la di lui morte. D'altronde non si deve così facilmente aumentar le difficoltà di completare l'ipoteca mercè della iscrizione. È a seconda dell'ordine il limitarsi ai casi preveduti dalla legge.

Dell'effetto delle ipoteche ottenute da'creditori di una eredità, contra l'erede, sopra i suoi proprj beni.

129. Ma qual è l'effetto dell'ipoteca ottenuta dai creditori dell'eredità contra l'erede, sui beni proprj di questo? Non vi cade il minimo dubbio che i creditori del defunto, o che sieno creditori ipotecarj, o semplicemente chirografarj, conseguir possano un'ipoteca sopra i proprj beni dell'erede, e ciò in forza di condanna contra di lui pronunziata, o per

effetto di obbligazione o di recognizione, dal canto suo, de'debiti del defunto: ma l'ipoteca non prenderà il suo grado, respettivamente agli altri creditori personali dell'erede, se non dal giorno della iscrizione presa sopra i di lui beni, in virtù della condanna o della recognizione. Tali erano gli antichi principj. E vengono indicati da Lebrun, *delle successioni*, lib. 4, cap. 2, sez. 1, n.° 36; da Basnage, *delle ipoteche*, cap. 5; de Pothier, *Introduzione allo Statuto d'Orléans*, tit. 20, n.° 20; e da D'Hericourt, *Vendita degli immobili*, cap. 11, seg. 2, n.° 26.

Il motivo per il quale una tale ipoteca sui beni dell'erede non comincia che dal giorno della condanna contro di lui ottenuta, o dal giorno della sua recognizione, è che, per massima, non può un debitore ipotecare se non i proprj beni, e non quelli de'suoi eredi; che, al dir di Lebrun, n.° 37 (dietro le romane leggi e la giurisprudenza dei decreti), non vi è ipoteca nè espressa, nè tacita, allorchè si adisce un'eredità; non altro importando l'ipoteca se non un obbligo personale. L'ipoteca ottenuta dai creditori della successione contro i proprj beni dell'erede, rimane in riguardo dei suoi creditori personali; dappoichè, come in seguito farò conoscere, i creditori dell'eredità hanno il diritto di domandare la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; ma i creditori dell'erede non hanno la facoltà di domandare la separazione del suo patrimonio da quello della successione.

In qual modo può aver luogo l'esecuzione contra l'erede, sopra i beni della successione, de' titoli già esecutorj contra il defunto?

130. In fine, allorchè il creditore possiede un titolo esecutorio contra il defunto, egli ha diritto di metterlo a esecuzione contra l'erede personalmente: nè si rende indispensabile di far sì che venga dichiarato esecutorio contra l'erede, come si praticava anticamente, almeno in que'paesi che erano dagli statuti governati, il che era perfettamente inutile dietro la massima che il *morto impossessa il vivo*. Tal'è la disposizione dell'art. 877 del Codice civile. In ogni stato si dà dunque il diritto di agire sui beni dell'eredità, in quella guisa che si crederà più opportuna. Si può prendere iscrizione sopra questi stessi beni, purchè il debitore morto sia indicato, come vien prescritto dall'art. 2149 del Codice.

Però l'art. 877 esige che non si possa procedere alla esecuzione, se non otto giorni dopo aver fatta la notificazione de' titoli alla persona o al domicilio dell'erede. È comun sentimento che questa notificazione, che per altro non potrebbe tener luogo dell'atto preventivo nel caso in cui la legge lo

esige, aver possa il suo effetto allorchè sia fatta nei termini concessi all'erede per far l'inventario e per deliberare, salvo a non procedere se non dopo che questo termine è decorso, secondo l'art. 797. Ma si scorge ad evidenza che la notificazione dei titoli è necessaria, rispetto alle sole procedure giudiciali; nè tale si rende, rispetto alla iscrizione che in queste procedure non va compresa, dappoichè la iscrizione può prendersi senza l'atto preventivo.

PARAGRAFO V.

QUESTIONI TRANSITORIE SUI CASI NEI QUALI SI È POTUTO PRENDERE O NÒ, DELLE ISCRIZIONI IPOTECARIE.

SOMMARIO

131. *Della legge de' 9 messidoro anno 3, in quanto che si uniforma a quella di brumaio.*

132. *Della legge de' 27 settembre 1790, e delle sue conseguenze relativamente all' ipoteca.*

133. *Conseguenza dell' istessa legge de' 27 settembre 1790, relativamente al trasporto delle proprietà.*

134. *Della sorte delle opposizioni prodotte alle lettere di ratifica, dopo la promulgazione della legge di brumaio.*

135. *Della sorte delle iscrizioni prese contro gli emigrati. Disposizioni della legge de' 16 ventoso anno 9.*

136. *L'iscrizione presa contro un emigrato, secondo la legge degli 11 brumaio anno 7, doveasi forse rinnovare in virtù della legge del 16 ventoso anno 9.*

137. *Gli emigrati, radiati soltanto provvisoriamente, potevano iscriversi sopra i beni de' lor debitori.*

138. *La legge de' 16 ventoso anno 9 è del tutto estranea alle ipoteche sopra i beni de' condannati.*

139. *Della sorte delle iscrizioni conservatorie prese per garanzia di vendite anteriori alla legge di brumaio.*

Della legge de' 9 messidoro anno 3, in quanto che si uniforma a quella di brumaio.

131. Io non intendo aumentare la mole di questo Trattato col riportare delle discussioni sopra questioni transitorie; poichè, credo, sarebbe cosa inutile. Chiamo colla denominazione di *transitorie* quelle questioni la cui ori-

gine risale a leggi anteriori a quella di brumaio anno 7, o che, sebbene siano nate sotto questa legge, s'intrecciano e si confondono con altre leggi dettate da delle circostanze che dipendono da politici avvenimenti. Parlerò nondimeno di alcune di tali questioni, che tuttora sogliono aver luogo, e alcune delle quali hanno dato luogo a decisioni recenti. Avendo intrapreso un trattato su questa materia, mio impegno è stato, per renderlo il più che si può campiuto, di far conoscere quanto è utile il sapere, almeno nel momento in cui scrivo. Ed un'altra ragione è, che io colgo questa occasione per osservare i punti più essenziali che esistono fra l'antica e la nuova legislazione.

La legge del 9 messidoro anno 3 fu la prima a stabilire la pubblicità della ipoteca, mercè la iscrizione. Ma, in tutta questa legge, vedesi dominare il principio da me già adottato, che l'ipoteca esiste indipendentemente dalla iscrizione, e che senza questa iscrizione ella diviene inerte e inefficace. Vi si vede, di più quest'altro principio, che se l'ipoteca non è regolarmente costituita, a seconda della legge esistente in cui vien data, la iscrizione non può renderla efficace, e partecipa alla nullità anche dell'ipoteca. Fra gli altri sono da consultarsi gli articoli 19 e 255.

Coll'art. 1.° di questa legge, era prescritto che, a contare dal 1.° nevoso prossimo, l'ipoteca avrebbe luogo, e sarebbe regolata a norma dei principj e del modo di esecuzione ivi fissati. Ma questo termine del 1.° nevoso venne successivamente prorogato da parecchie leggi, e specialmente da quelle del 21 nevoso, 19 pratile, e 27 vendemmiaio anno 5. Resultava dalle leggi de'21 nevoso e 19 pratile, che le iscrizioni potrebbero sempre esser prese in conformità di ciò che per questa parte era prescritto dalla legge de'9 messidoro anno 3, e che anche le ipoteche purgar si potevano coll'osservanza delle forme prescritte dall'art. 105 della stessa legge, fino a che non si stabilisse il nuovo sistema ipotecario, che doveva esser quello organizzato dalla legge di brumaio. Resultava altresì la validità di tali iscrizioni dall'art. 37 di quest'ultima legge. Vi era detto che i diritti d'ipoteca o privilegj esistenti al momento della pubblicazione della presente legge che non fossero ancora stati iscritti *in esecuzione e nelle forme della legge de' 9 messidoro anno 3* lo sarebbero, per ultimo termine, ne'tre mesi che seguirebbero questa pubblicazione. Era assai chiaro che le iscrizioni prese in forza della legge del 9 messidoro anno 3, lo erano state validamente; e che anco dopo la promulgazione della legge di brumaio, esse avrebbero egualmente il loro effetto per il corso di anni dieci, come tutte le altre iscrizioni.

Intanto delle difficoltà si elevarono all'oggetto; ma vennero risolute però da un decreto della Corte di cassazione dell'8 fiorile an. 13. *Denevers*, lo stesso an. p. 433. Si possono riscontrare le distinzioni sopra delle quali si volea rendere inutile l'iscrizione, e che furono rigettate. È da osservarsi che, secondo le leggi di nevoso e pratile anno 4, resultava che la purgazione delle ipoteche, in quanto alle alienazioni, poteasi in ogni tempo operarsi sino al nuovo sistema introdotto dalla legge di brumaio an. 7, con le forme stabilite dall'editto del 1771; e le opposizioni alle lettere di ratifica si poteano fare tanto nella persona degli antichi che de'nuovi conservatori (Art. 3 della legge del 19 pratile).

Della legge de'27 settembre 1790, e delle sue conseguenze relativamente all'ipoteca.

132. Ma vi erano delle province francesi nelle quali, anche prima della legge di brumaio an. 7, non resultava ipoteca alcuna dagli atti notariali e pubblici. In forza di essi vi era solo l'azione personale; e non facevano nascere l'ipoteca se non dietro l'adempimento di certe formalità conosciute sotto varie denominazioni. Si vede bene che io parlo dei paesi anticamente regolati dagli statuti di sicurtà. Essendosi soppresso il regime feudale e censuale, ch'era la causa dell'esercizio di queste formalità, bisognò supplirvi con altre formalità, le quali furono anche più semplici e più comode delle precedenti. Tale fu lo scopo della legge de'27 settembre 1790. Eccone la disposizione.

« A contare dal giorno in cui i tribunali del distretto saranno stabiliti ne'paesi regolati dagli statuti di sicurtà tutte le formalità *di saisine*, *dessaisine*, *deshéritance*, *adhéritance*, *vest*, *devest*, ec., e generalmente tutte quelle che resultano dall'ipoteca feudale o censuale, saranno e resteranno abolite: e sintantochè non verrà altrimenti ordinato, la trascrizione delle spedizioni de'contratti di alienazione o d'ipoteca ne terrà luogo, e basterà in conseguenza al perfezionamento delle alienazioni o costituzioni d'ipoteca, senza pregiudizio, circa il modo d'ipotecare i beni, dell'esecuzione dell'art. 35 dell'editto del mese di giugno 1771, e della dichiarazione del 27 giugno 1772 per quelli de'suddetti paesi ove se ne fece la pubblicazione ».

Secondo l'art. 4, questa trascrizione si faceva dal cancelliere del tribunale del distretto della situazione de'beni, e colle forme ivi prescritte. Le disposizioni di questa legge vennero eseguite fino alla promulgazione della legge dell'11 brumaio, che vi sostituì un nuovo sistema ipotecario, il quale

fu poi modificato dal Codice civile. Quest' ultima legge annullò, in virtù dell' art. 56, quella del 9 messidoro an. 3; l'altra dell' istesso giorno che n' era stato la conseguenza, e che aveva per oggetto le dichiarazioni fondiarie; ed infine tutte le leggi, statuti ed usi che prima esistevano relativamente a questa materia.

La legge di settembre 1790 operò un gran cambiamento sù questa materia, giacchè, appena promulgatasi, niuna ipoteca vera vi fu in que' paesi fuori che quella che resultava dalla transazione del titolo, nella maniera che veniva prescritto, e da questo si tirò l'importante conseguenza, che le ipoteche costituite da' titoli stipulati in que' medesimi paesi, per tutto il tempo dell'esecuzione di questa legge (1), non potevansi validamente iscrivere, anche sotto la legge di brumaio, se non avevano questa preventiva trascrizione a cui si è dato il nome di *realizzazione del contratto*. Questa è sempre la conseguenza del principio, che dev' esservi un' ipoteca regolarmente costituita, e quindi resa pubblica coll' iscrizione. Il che è stato precisamente giudicato dalla Corte di cassazione con tre decreti del 1 termidoro an. 12, del 28 dicembre 1808, e del 27 maggio 1810. *Repert. di giurisp. al vocabolo Ipoteca* sez. 2, §. 2, art. 16, n.° 1. *Denevers* an. 12, pag. 550; an. 1809, pag. 28, e an. 1816, pag. 553.

Malgrado però le formalità della trascrizione, fatta in virtù della legge di settembre 1791, non vi sarebbe ipoteca, se, nel titolo costitutivo dell'obbligazione, si fosse accordata un' ipoteca generale di beni presenti e futuri, sopra dei beni che situati ne' paesi regolati dagli statuti di sicurtà. Il motivo si è che, secondo il principio della pubblicità, una ipoteca simile non compatibile con questo principio non eravi conosciuta. Non vi si ammetteva che la sola ipoteca speciale, salvi i casi ove gli statuti vi ammettevano l'ipoteca legale. Ciò avea luogo anche se le obbligazioni notariali venivano stipulate nelle parti del regno ove l'ipoteca generale era di diritto comune. Però, ne' decreti ora citati, si vede che questa circostanza era un motivo di più onde rigettare le iscrizioni.

Deesi poi osservare attentamente, che quando un' iscrizione è stata presa in virtù di una trascrizione o realizzazione del titolo, come è disposto nella legge di settembre 1790, non basta l' esservi stata un' iscrizione presa in virtù d'un titolo costitutivo del credito; ma bisogna parimente che l'iscrizio-

(1) Questa legge non dovè eseguirsi in tutti i paesi regolati dagli statuti di sicurtà. L'antico uso erasi soltanto conservato nella giurisdizione del parlamento di Fiandra, e del consiglio provinciale di Artois, ove l'editto del 1771 non aveva esecuzione. *Ved Repert. di giurisp.* alla voce *Ipoteca*, sez. 1, §. 5, n.° 14, e §. 13, n.° 8.

ne richiamasse la trascrizione, giacchè l'ipoteca, che conferisce questa sola trascrizione, diviene il fondamento dell'iscrizione, e ogni iscrizione deve mettere i terzi nella scienza di tutto quello che forma regolarmente l'ipoteca. Tutto ciò ha relazione con quello che in altro luogo si è detto, che quando il titolo costitutivo del credito è nullo, e che, onde averne uno valido, devesi ricorrere al mezzo della ratifica, l'iscrizione dovrà esser presa non solo in forza del titolo primitivo, ma ancora in virtù dell'atto di ratifica. Una somiglianza vi è ancora tra il presente caso e quello d'una surroga di un credito. L'iscrizione deve far conoscere il titolo e la surrogazione. Il che prova una coincidenza di principj in ogni sistema ipotecario, relativamente a ciò che costituisce la pubblicità dell'ipoteca.

Ma per quello che riguardava gli acquisti, queste relazioni o trascrizioni di titolo non purgavano le ipoteche allora esistenti. L'oggetto di queste formalità, come quello delle antiche al quale era stato sostituito, era di perfezionare soltanto l'alienazione, di liberare il venditore e d'impossessare l'acquirente; e, circa le ipoteche, tutto ciò serviva solo onde il venditore non potesse costituire altre ipoteche in avvenire. Ma le antiche ipoteche sussisteranno, e non poteansi estinguere se non co'mezzi ordinarj. Dal che resultò una conseguenza importanto, che un creditore, cioè, anteriore alla trascrizione della vendita del fondo ipotecato, eseguita nelle forme prescritte dalla legge del 27 settembre 1790, potea utilmente prendere iscrizione, anche dopo la legge degli 11 brumaio anno 7, allorchè l'acquirente non avea fatto trascrivere secondo le forme prescritte all'art. 44 di questa legge, o dall'art. 105 della legge del 9 messidoro anno 3, salvo a non dare il grado all'ipoteca se non dal giorno dell'iscrizione, analogamente al principio generale. Questo è quello che fu giudicato con un decreto della Corte di cassazione, de'20 frimaio anno 14. *Denevers*, an. 1806, pag. 62.

Conseguenza dell'istessa legge de' 27 *settembre* 1790, *relativamente al trasporto delle proprietà.*

133. Erasi elevata la questione di sapere se la legge de' 27 settembre 1790 era o nò applicabile a' contratti di alienazioni anteriori alla promulgazione di questa legge. Con decreto del 5 gennaio 1818, la Corte di cassazione decise per l'affermativa; *Denevers* anno istesso pag. 68. Perchè la proprietà fosse consolidata nella persona dell'acquirente, eravi bisogno dalla trascrizione dell'atto di trasporto della proprietà. Senza di essa l'acquirente aveva solo una promessa di vendita, come l'ho già detto, o una azione tendente a far

adempire questa trascrizione, o per essere risarcito de'danni e interessi. Ora, un contratto di vendita anteriore alla legge, e trascrittosi posteriormente, produceva l'istesso effetto, ancorchè il venditore fosse restato in possesso del fondo. Ecco come si è giudicato col mentovato decreto nella specie d'una vendita de' 19 febbraio 1788, che fu trascritta a' 30 luglio 1791. Egli ha parimente giudicato che la prescrizione che poteva essere invocata dal venditore in ragione del suo possesso, e dal silenzio del compratore, non correva se non dal giorno della trascrizione, e non da quello in cui era principiato il possesso; perchè dal giorno della trascrizione, in cui cominciava l'effetto del trasporto, il compratore veniva considerato come vero possessore dell'immobile. S'intende che il decreto fu emanato nel senso che non si doveva alcunamente aver riguardo alla prescrizione dell'azione personale incorsa contra del compratore, giacchè, dall'istante della trascrizione non eravi più questione di quest'azione *personale*, alla quale si era sostituita l'azione *reale*. Quindi ne avvenne che il compratore potea, fino da quel giorno, domandare il rilascio dell'immobile mediante un'azione reale, la quale non veniva prescritta che col decorso di anni ventuno, giusta l'art. 1, cap. 107 degli antichi diplomi della provincia di Hainault: qual tempo non era per anco decorso dalla data della trascrizione fino a quella della rivendicazione dell'immobile.

Della sorte delle opposizioni prodotte alle lettere di ratifica, dopo la promulgazione della legge di brumaio.

134. Allorchè erasi formato opposizione alle lettere di ratifica ordinate dall'editto del 1771, e nel caso in cui delle lettere di ratifica si fossero ottenute, al momento della promulgazione della legge di brumaio an. 7, il creditore opponente che voleva conservare la sua ipoteca, non altro mezzo egli aveva che quello dell'iscrizione; e l'ipoteca conservava, in forza della iscrizione, il primitivo grado, quando fosse stata presa nel termine stabilito coll'articolo 37 della legge di brumaio, relativamente agli antichi crediti. Che se l'iscrizione non si fosse presa nel termine stabilito, l'ipoteca aveva il grado solo dal giorno della sua data.

Inoltre, se il compratore, che aveva ottenuto delle lettere di ratifica, rivendeva il fondo, e se il secondo compratore aveva parimente ottenuto delle lettere di ratifica in ordine al suo acquisto, lettere che come le prime erano gravate dalle antiche opposizioni, i creditori del primo venditore dovevansi iscrivere contro al nuovo compratore; e questa iscrizione doveva prendersi nel termine prescritto dal suddetto art. 37 della legge di brumaio. Senza di ciò, i

creditori personali del nuovo compratore erano preferiti ai creditori del venditore quantunque iscritti posteriormente. Il che non poteva aver luogo senza gravi difficoltà; e la pruova ne deriva principalmente dal passare che si fà da una antica ad una nuova legislazione. Questi dubbj potevansi risolvere in maniera da rendere facile la conservazione dell' antiche ipoteche delle quali ho parlato; e questo è quello che si sarebbe desiderato. Ma la legge di brumaio non racchiudeva però disposizioni sufficienti per produrre tale effetto. Coll'art. 49 si ebbe forse in idea questo oggetto; ma l'articolo diede luogo ad una folla d' interpretazioni; e fu per cagione delle medesime che si formò una giudisprudenza, di cui ciò che ho detto è il resultato.

La questione fu in tal modo giudicata con un decreto della Corte di cassazione de' 13 termidoro anno 12, riportato col discorso del signor Merlin nel Repertorio di giurisp. al vocabolo *Ipoteca*, sez. 2, §. 2, art. 14, n.° 1; e con un altro decreto de' 13 dicembre 1808., che si vede in Sirey, anno 1809, part. 1.° pag. 69. Non fu che pochi anni addietro che mi si presentò un affare di questa natura, la di cui procedura erasi sospesa e abbandonata, e vidi che nel caso in questione una iscrizione fu utilmente presa. Siccome il medesimo caso può nuovamente presentarsi, ho stimato utile il far conoscere la presente controversia.

Della sorte delle iscrizioni prese contra gli emigrati. Disposizioni della legge de' 16 *ventoso anno* 9.

135. Quando si formarono le liste degli emigrati, la nazione s' impadronì de'loro beni, e li vendè franchi da ogni ipoteca, addossandosi essa l'obbligo di soddisfare i creditori secondo i modi di liquidazione allora stabiliti. Dalla maniera con cui erano redatte le leggi all' oggetto, i creditori avevano giusto motivo di considerare come inutili tutte le opposizioni che potevano da essi esser fatte alle lettere di ratifica analogamente all'editto del 1771, come pure tutte le iscrizioni che potevano esser state prese in virtù della legge degli 11 brumaio anno 7. In fatti le leggi relative all' emigrazione, costringevano i creditori degli emigrati a depositare i loro titoli ne' segretariati delle amministrazioni, per essere liquidati. Può all' oggetto vedersi con particolarità la legge de' 25 luglio 1793, sez. 5, art. 16. Ma quei tempi calamitosi cominciando a sparire, ed il rigore di queste leggi essendosi mitigato, si ebbe la speranza di ottenere delle radiazioni sulle liste degli emigrati: ne successero varie, e tutto mostrava che ne sarebbero seguite molte altre. Gli emigrati essendo rientrati nel possesso dei loro beni, almeno di quelli non venduti,

ne resultò che dovevano essere incaricati del pagamento dei crediti, il rimborso e la liquidazione dei quali non aveva potuto operarsi. Il che resultava espressamente dal decreto del governo de' 13 fiorile anno 11. Bisognò pertanto provvedere alle misure che dovevano esser prese dai creditori; si dovè regolare il loro destino secondo che essi praticavano queste misure, qualora non fossero state praticate, o fossero trascurate. Tale fu lo scopo della legge de' 16 ventoso anno 9, che ebbe delle conseguenze assai importanti su questa materia, e la di cui esecuzione è marcata da segni che sono tuttavia visibili.

Sarebbe inutile di riportare qui tutte le disposizioni di questa legge. Ne riferirò le più essenziali, e le più proprie a farne conoscere lo spirito. Si dispone nell' art. 1.° che i termini, stabiliti dagli art. 37 e 47 del tit. 3 della legge degli 11 brumaio, e dalle leggi de' 16 piovoso e 17 germile dello stesso anno, in quanto all'iscrizione de'diritti d'ipoteca o di privilegio, vengono prorogati a pro de' creditori ipotecarj d'individui iscritti sopra le liste degli emigrati, e i di cui beni erano sotto sequestro. L'art. 2. dispone che i creditori potranno iscriversi ne' tre mesi a datare dal dì in cui la radiazione dell'emigrato verrà legalmente provata. L'art. 3 dice che la radiazione resultava dall'essersi dichiarato da' prefetti la rimossione del sequestro. Secondo l'art, 6, ogni possessore di crediti menzionati nell' art. 1.°, chi si sarà iscritto nel tempo ordinato dagli art. 2 e 5, conserverà i suoi diritti con la data de' suoi titoli. Secondo lo spirito di tali disposizioni, i creditori degli emigrati vennero considerati come aventi un diritto anteriore a questa legge. Ne nasceva che questo diritto poteva anche autorizzarli a iscriversi; ma il diritto, che poteva resultare dalle iscrizioni ipotecarie, doveva restar sospeso sino a che le iscrizioni sopra le liste degli emigrati fossero state radiate. I progressi che la giurisprudenza aveva fatti a quest' oggetto giunsero perfino a faro elevare per massima, che la legge de'25 luglio 1793, sez. 5, art. 16, ordinante il deposito dei titoli di credito onde ottenere la liquidazione, aveva *dispensati* soltanto i creditori degli emigrati di opporsi onde conservare i loro diritti, nè avea loro *proibito* di prenderne. Si pensò che questo stato di cose era restato lo stesso sotto l' impero delle nuove leggi, sino alla legge del 16 ventoso anno 9, che ingiungeva ad essi l'obbligo d'iscriversi nel termine quivi stabilito. Ecco qual è lo spirito di questa legge, come rilevasi dai motivi di un decreto della Corte di cassazione, de'3 ottobre 1814, di cui avrò occasione di parlare fra poco.

Dei dubbj si elevarono circa l'esecuzione d' una tal legge. Sulle prime, si questionò se l' iscrizione presasi in conformità di questa legge, ne' tre mesi dietro la radiazione legalmente provata, avea potuto dare all' ipoteca la data del contratto, quantunque l' obbligazione sopra la lista degli emigrati fosse

posteriore all' iscrizione del debitore. L' affermativa fu decisa dalla Corte di cassazione, con decreto de' 28 giugno 1808. Il motivo del decreto fu che la morte civile, pronunziata contro degli emigrati dalla legge de' 28 marzo 1793, proibiva loro gli atti resultanti dal diritto civile, e non quelli provenienti dal diritto di natura e delle genti, come sono gli *acquisti e gli obblighi*. Questo decreto è la conseguenza di un altro decreto dell' istessa Corte, de'28 frimaio anno 13, il quale, seguendo i medesimi principj di diritto pubblico, avea decisa valida una vendita fatta da un emigrato, anteriore alla sua radiazione definitiva, e che niuna nullità ci potea essere in quanto all' interesse nazionale (1).

Si elevò la questione di sapere se un creditore potea efficacemente iscriversi contra un emigrato, anteriormente alla radiazione definitiva, ma dietro la radiazione provvisoria. L'affermativa fu decisa dalla Corte di cassazione, con decreto de' 2 agosto 1814. Esso si fondò sul motivo, che veruna legge proibiva a'creditori degli emigrati, radiati provvisioriamente, d'iscriversi sopra i beni di questi, *ancorchè questi beni fossero sotto il sequestro nazionale*; che per la verità, l'effetto dell' iscrizione era subordinato al caso della restituzione de' beni, ma che, ciò avvenendo, *l' iscrizione era valida.*

La medesima Corte è andata più oltre, con un decreto de' 3 ottobre seguente. Si pronunziò che il creditore d' un emigrato poteva iscriversi contra il suo debitore prima di qualunque amnistia e radiazione, e prima che in tempo dell' iscrizione si fosse dato il possesso dei beni posti sotto sequestro. Si decise, che le iscrizioni contra gli emigrati, prese anteriormente alla legge di ventoso, non erano nulle, ma incapaci soltanto di produrre il loro effetto, sino a che continuasse lo stato delle cose, il quale manterrebbe la proprietà dell'emigrato, debitore dell' iscrivente, sotto il sequestro nazionale; che era indifferente che si fosse iscritto prima della legge de' 16 ventoso an. 9, o avanti il termine dei tre mesi di grazia accordato a' creditori degli emigrati con l' istessa legge. *Denevers* an. 1814, pag. 476 e 607.

L' iscrizione presa contra un emigrato, secondo la Legge degli 11 brumaio an. 7, doveasi forse rinnovare in virtù della legge dei 16 ventoso anno 9?

136. Subito che, dietro i principj da me esposti su tal materia, la legge de' 16 ventoso an. 9 non accordava ai creditori degli emigrati un nuovo di-

(1) *Vedi* Denevers, anno 13, pag. 178; e anno 1808, pag. 368; e Sirey, anno 1809, parte prima, pag. 84; e la tavola delle materie, pag. 157, num. 480.

ritto, circa la facoltà d' iscriversi; che questo diritto doveva essere considerato anteriore, e che non si trattava che di determinare un nuovo termine entro il quale i creditori non iscritti erano nell'obbligo di adempire a questa formalità; si doveva naturalmente avere per sufficiente un' iscrizione di già presa in virtù della legge degli 11 brumaio an. 7. Tale legge non erasi pubblicata collo spirito di una rinnuovazione d' iscrizione, ma con quello della necessità di doversi iscrivere in tutto il termine della proroga che l' art. 37 della medesima legge accordava per le antiche ipoteche. Questo fu del pari giudicato dalla Corte reale di Montpellier, con decisione de'29 marzo 1813. *Denevers* lo stesso anno, pag. 85, *al Supp.* Una determinazione del ministro della giustizia, e di quello delle finanze, de' 16 novembre 1810, veniva opposta, all' epoca di questa decisione, al creditore che erasi iscritto. Si prescriveva, con questa decisione, la nullità delle iscrizioni prese nel tempo dell' emigrazione del debitore, radiato in seguito dalla lista degli emigrati. Essa è riportata nel giornale del registro, anno 1811, num. 469, art. 4051, pag. 235 e 236. Ma con ragione si opinò dalla Corte reale di Montpellier, che le decisioni ministeriali nulla potevano influire su i tribunali, circa le azioni tra particolari; che, d'altronde, questa decisione erasi fatta nell' interesse nazionale, di cui non era allora questione. Fu quindi che quest' ultima idea venne dalla Corte di cassazione manifestata in un suo decreto de' 28 fiorile an. 13, da me citato.

Vedesi quindi a chiare note, che le iscrizioni prese prima o dopo la legge de' 16 ventoso an. 9, anche che si fossero prese in virtù di questa ultima legge, dovevano avere la preferenza sulle ipoteche legali delle donne maritate che non si fossero iscritte, come vi erano tenute secondo la legge degli 11 brumaio. Ciò anche resulta dalla decisione della Corte reale di Montpellier.

I principj ritenuti circa la solidità dell' ipoteca, da reclamarsi dai creditori degli emigrati, si leggeranno nel §. II della sez. III, n.° 168.

Gli emigrati, radiati soltanto provvisoriamente, potevano iscriversi sopra i beni de' loro debitori.

137. Avendo la giurisprudenza, colle decisioni da me riportate, stabilito il principio che possono esser prese delle iscrizioni su i beni degli emigrati, salvo la sola sospensione dell'effetto di tali iscrizioni, fino alla restituzioue che venisse loro fatta de' loro beni, dovea conchiudersi che loro stessi, quando erano stati provvisoriamente radiati o amnistiati, quantunque non avessero ottenuto il rilascio del certificato della loro amnistia, aveano il diritto

di prendere, sopra i loro debitori, delle iscrizioni, le quali non erano che atti conservatorj. Fu in tal guisa deciso dalla Corte di cassazione, con decreto de' 5 settembre 1810. *Denevers*, anno 1810, pag. 512. Rimetto i lettori a' motivi dell' decreto, per essere di molta importanza su questa materia.

La legge de' 16 ventoso anno 9 è del tutto estranea alle ipoteche sopra i beni de' condannati.

138. Sul principio, i beni de' condannati da' tribunali rivoluzionarj, venivano confiscati a vantaggio dello Stato. Ma, la legge de' 21 pratile anno 3, ordinò che questi beni fossero restituiti alle loro famiglie. Fino a quel momento, adunque, proprietà di questi beni apparteneva alle famiglie, e, per conseguenza le iscrizioni ipotecarie formarono l' unico mezzo di conservare le ipoteche sopra questi beni. Quindi niun' altra regola vi era per le antiche ipoteche, meno quella de' termini stabiliti con vocaboli generici dagli art. 37 e 39 della legge degli 11 brumaio anno 7.

Intanto, alcuni creditori di antichi appaltatori generali, o amministratori contabili condannati, i quali trascurarono di prendere iscrizione sopra i beni di costoro, pretesero che, ad onta di non essere questione che di crediti particolari ed ordinarj, ne erano stati esentati sino a che venne la legge de' 16 ventoso anno 9, e che era loro stato sufficiente il prendere delle iscrizioni nel termine stabilito da questa legge. Il caso de' creditori condannati veniva da essi assimilato a quello de' creditori degli emigrati, fondandosi sull' art. 7 della legge del 21 pratile anno 3. Si disponeva da quest' articolo che, nonostante, il sequestro resterebbe fermo sopra i beni degli appaltatori generali e amministratori contabili. Ma la Corte di cassazione, con decreto de' 26 aprile 1813, rigettò questa pretensione, sul motivo che la legge de' 16 ventoso anno 9 non faceva alcuna menzione, nel suo contesto, de' condannati nè de' loro beni; che se, in virtù dell' art. 7 della legge de' 21 pratile anno 3, il sequestro fosse nonostante restato fermo sopra i beni degli appaltatori generali, questo sequestro, come lo dispone lo stesso articolo, era puramente amministrativo e provvisorio; che un tal sequestro, avendo per oggetto il solo interesse nazionale, non si opponeva all' esercizio dei diritti de' creditori particolari. Del rimanente, una deliberazione de' consoli, dei 25 brumaio anno 9, tolse qualunque sequestro sopra i beni dei sopraddetti appaltatori generali. *Denevers*, anno 1815, pag. 494 (1).

(1) Se altre decisioni di questa natura si vogliono consultare, si può riscontrare il Rep. di giurisp. del signor Merlin, alla voce *Ipoteca* sez. 2, §. 2, e le sue Questioni di

Della sorte delle iscrizioni conservatorie, prese per garanzia di vendite anteriori alla legge di brumaio.

139. Su questa materia si è elevata una delle più importanti questioni transitorie, ed è quella di sapere se un compratore di stabili, il di cui acquisto è anteriore alla legge degli 11 brumaio anno 7, può, per sua sicurezza, iscriversi sopra tutti gli altri beni del suo venditore, in virtù della ipoteca generale, la quale secondo le leggi esistenti all'epoca delle vendite, avea luogo di pieno diritto, nel caso di azioni ereditarie, o trattandosi di evizione per essersi in seguito scoperto non essere il venditore il proprietario de' fondi venduti. La controversia sarebbe la medesima se l' ipoteca generale fosse stata stipulata. Tale stipulazione, che era ordinaria, e quasi di stile, niente aggiungea di diritto all' ipoteca (1). Queste iscrizioni debbonsi soltanto autorizzare, e senza conoscenza di causa? Se ciò fosse, un particolare che avesse acquistato degli stabili pel valore di 20 mila franchi, potrebbe a suo arbitrio, e senza un reale interesse, impedire al venditore o a suoi eredi, ai quali ne restasse 200 mila in beni stabili provenienti dal venditore, di vendere questi stabili; o, se non altro, le vendite ch' essi intendessero farne sarebbero considerevolmente attraversate da queste iscrizioni, ciò che apporterebbe loro un grave danno. Non poche famiglie, di fatti, si vedono gemere sotto il peso di questa facoltà d' iscriversi, ancorchè sia senza oggetto. Un uso tanto dannoso deesi senza dubbio porre in esame, e si deve procurare un rimedio a un male così grande: giacchè sarebbe contro lo spirito del sistema ipotecario che questa facoltà d' iscriversi potesse indistintamente esistere.

Vero è che, secondo i principj ipotecarj, allorquando è questione di iscrizioni per crediti condizionali o eventuali, l'acquirente o i suoi eredi, che prendessero un' iscrizione conservatoria per tal garanzia, non potrebbero loro stessi ricevere il prezzo delle vendite nel momento dell' apertura d'un giudizio di graduatoria. I creditori posteriormente iscritti potrebbero riceverlo sotto cauzione, o prendendo altre misure per assicurare la restituzione del prezzo da distribuirsi all' acquirente o a suoi eredi, qualora,

diritto a cui egli rinvia quando occorre. Ma ve ne sono diverse che presentano attualmente poco interesse. Io ho già detto che mi limitavo a ciò che parevami il più utile.

(1) Tale questione era stata già da me trattata nel mio commentario sull'editto del 1771, art. 15, pag. 250, seconda edizione. Ora la tratto dietro nuove riflessioni.

per qualche combinazione, vi fosse luogo. Ma si conoscerà facilmente che questo mezzo presenta il più grave e il più nocivo inconveniente al venditore o a' suoi rappresentanti, come del pari sarebbe anche molto penoso per i creditori.

Lo stabilimento di una nuova legislazione non deve punto alterare le ragioni delle parti, che avevano prima contratto: la sorte di alcuna di esse non ne deve essere aggravato. La giustizia esige allora che gli interessi delle parti siano consultati, e vengano conciliati. Debbono le sicurezze accordarsi nella istessa guisa che esisterebbero se il contratto si fosse stipulato vigente la legislazione che è succeduta alla precedente. Se una vendita si manda ad effetto vigente la presente legislazione ipotecaria, che ha fissato un modo particolare di purgazione delle ipoteche, l' acquirente ha tutte le sue sicurezze nelle formalità ordinate per effettuare questa purgazione, ed è riposto solo nel suo arbitrio il porle in uso. Se acquista una proprietà, riconosciuta appartenere al suo venditore, nel trascrivere e nel far uso dei mezzi necessarj per le iscrizioni, purchè ve ne siano, o per gl' incanti che possono sopravvenire, può ottenere la purgazione delle ipoteche; egli può anche purgar tutte le ipoteche legali, cognite o incognite, mettendo in pratica tutte quelle formalità che il Codice civile e i regolamenti, che l' hanno seguìto, prescrivono in simil caso. Ma l'acquirente non potrebbe egli medesimo iscriversi, per la garanzia della sua vendita, nel caso di evizione o di azione: egli non potrebbe iscriversi per questa garanzia, se non sopra immobili diversi da quelli venduti, da lui fatti specialmente obbligare per sua garanzia; qual garanzia, con ispeciale ipoteca, non si stipula ordinariamente se non quando si è conosciuto il pericolo. Ecco quindi la posizione in cui è posto colui che ha venduto prima dell' editto del 1771, che è la prima legge la quale abbia fissato un modo particolare di purgazione delle ipoteche, per l' addietro incognito.

Si vede bene quanto soffrirebbero e colui che vendè prima del 1771, o i suoi eredi, nell' esser sottoposti ad ogni specie di obbligazioni, in virtù dell' ipoteca generale che anteriormente avea luogo di diritto, e conseguentemente per sicurezza della vendita, agli stessi svantaggi che avrebbero, se, vigente il Codice civile, vendessero con garanzia nel caso di azione o evizione, per la qual garanzia si fossero ipotecati con ispecialità beni diversi da quelli venduti. L' ipoteca generale sopra i beni presenti e futuri, che la legge accordava per qualunque obbligazione, non era utile all' acquirente, prima dell' editto del 1771, se non nel caso in cui vi fosse il pericolo di

qualche evizione, e il compratore non ne faceva uso se non in questo caso. Era soltanto allora, e specialmente se vi era un'azione giudiciale, che egli esercitava il ricorso contro il venditore, e che assegnava gli acquirenti posteriori nella dichiarazione dell'ipoteca. Ma se il primo compratore non avea alcun timore ragionevole sopra l'effetto del suo acquisto, egli taceva allora, e il venditore non soffriva alcun'azione di garanzia. Gli ostacoli che provavano le aggiudicazioni col mezzo della espropriazione reale, a causa delle opposizioni (sostenute con le iscrizioni) che si avrebbero potute formare per eventuali garanzie, sono stati provveduti dall'art. 16 dell'editto de' bandi, del 1551. Si distingueva in questa legge il caso nel quale il giudizio, a causa della garanzia, era già intentato, da quello nel quale non era per anco cominciata l'istanza. Si disponeva, nel primo caso, di giudicarsi preventivamente la lite dal tribunale istesso presso del quale pendevano le procedure, e a cui si avocava il giudizio in ordine alla reclamata garanzia. Nel secondo caso, di doversi procedere all'aggiudicazione, a carico de' creditori opponenti e posteriori, di offrire valida e sufficiente cauzione nel restituire le somme ricevute a quegli che si fosse opposto a causa della garanzia, e che si trovasse creditore ipotecario anteriore. Ma siffatta legge non si praticava, a tal riguardo meno che si potesse presumervi qualche azione capace di rendere necessario l'esercizio della medesima azione in garanzia, e se vi fosse stato un timore apparente d'evizione. In caso contrario colui che avesse venduta qualunque parte dei suoi beni sarebbe impedito nel disporre del resto in un'epoca in cui le aggiudicazioni volontarie erano divenute comuni. Si conosce che il loro scopo era quello di purgare i fondi dalle ipoteche non conosciute, a un di presso come lo era quello dell'editto del 1771, il quale venne sostituito a queste aggiudicazioni volontarie che egli abrogò.

Ritenuto tutto ciò, se un acquirente anteriore all'editto del 1771 non che alla legge di brumaio, o se i suoi eredi, prendevano un iscrizione contra una vendita fatta vigente il Codice civile per garanzia dell'antica vendita; se si fosse conosciuto che il primo venditore era il vero proprietario del fondo alienato; se reclamavasi una garanzia col mezzo dell'iscrizione, e fondandosi solo sopra l'ipoteca generale che avea luogo all'epoca della vendita; se veruna cirsostanza presentava la menoma difficoltà per azioni di credito, oppure per evizione di proprietà, in tal caso, il rappresentante del primo venditore che avesse fatta la nuova vendita, avrebbe il diritto di respingere l'effetto di quest'iscrizione e domandarne la cancellazione. Egli potrebbe restare nella medesima posizione, in cui sarebbe, se la rendita all'oc-

casione della quale l' iscrizione fu presa, fosse stata sotto il Codice civile stesso. Egli direbbe, con ragione, che non deve soffrire cambiamento dalla legislazione e dalla giurisprudenza; che non si potrebbe senza ingiustizia metterlo nell'istessa condizione di quegli che vendesse, vigente il Codice civile, con particolare garanzia, per la quale s'ipotecherebbero con ispecialità beni diversi da quelli venduti; che l' antico venditore ha venduto colla medesima idea con cui si operano le trascrizioni di proprietà per vendita vigente il Codice civile, e che i principj che regolano le vendite debbono essere gli stessi.

Così, se delle lettere di ratifica, ottenute vigente l' editto del 1771, vi fossero state sopra l' antica vendita, che fossero state sigillate senza opposizione, ovvero se quest' antica vendita fosse trascritta sotto la legge di brumaio o il Codice civile, e senza esservi trascrizione, allora l' iscrizione presa onde garantire la prima vendita resterebbe senza oggetto, e a tutto diritto si potrebbe domandare la cancellazione. Se non fosse fatto niente di tutto ciò, quegli su del quale graviterebbe l' iscrizione per garanzia, potrebbe costringere l' acquirente del primo venditore, o suoi eredi, a trascrivere o radiare l' iscrizione presa per la garanzia, se la trascrizione della prima vendita non fosse stata seguita da alcuna iscrizione in pregiudizio del venditore.

È vero che il compratore o suoi eredi, potrebbero dire che coll' aver purgati i fondi acquistati dalle ipoteche, essi non possono soffrire un' evizione della proprietà, qual proprietà non può esser purgata dalla trascrizione e da quello che ne può seguire; in modo che vi resta sempre il pericolo dell' evizione. Potrebbero anche soggiungere, dandosi in preda a tutti i calcoli, effetto d' una riscaldata fantasia, che talune cause di evizione potrebbero restar non conosciute per il corso di trenta nonchè di cento anni, per le lunghe minorità che si succederebbero nelle famiglie aventi diritto alla proprietà. Con tali argomenti, quantunque non giustifichino in niuna maniera, essi avrebbero il diritto di riempire d'Iscrizioni conservatorie, in loro garanzia, tutti i beni che preverrebbero dal venditore originario, e parimente concorrere in qualunque graduatoria, che si facesse in seguito, abusando del principio che un' ipoteca non è divisibile.

Ma questa pretensione stimo che non possa ammettersi. Ove non si basasse sopra un interesse reale, non potrebbe accogliersi un' azione tanto orribile e così importante nei suo effetti. L' antico compratore, o i suoi eredi, debbono dunque assolutamente dimostrare il pericolo in cui incorrerebbero a motivo della proprietà. Se ciò non dimostrano, la radiazione

delle loro iscrizioni deve essere ordinata. Questa opinione è basata sopra lo spirito del sistema ipotecario, il quale è stato di favorire la circolazione dell' immobile, ben lontano d' apportarvi degli ostacoli. Essa ancora può stabilirsi per analogia sull' art. 1658 del Codice civile, ove si prescrive: « Se il compratore *è molestato*, o *ha giusto motivo per temere* di esserlo per un'azione ipotecaria, o vendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessar le molestie, quando questi non prescelga di dar cauzione ec. » Può quindi farsi un esatto paragone tra un compratore che è in tal circostanza, ed un altro compratore il di cui acquisto fu prima dell' editto del 1771, o della legge di brumaio; ognuno di loro nel proprio particolare interesse, agisce onde non essere privo di mezzi, qualora sopravvenissero azioni ipotecarie o una evizione. Se colui dunque che riterrebbe il prezzo del suo acquisto non potesse farlo che nel caso di molestie, o per *giusto motivo di temerle*, non deve dirsi egualmente che un antico compratore, o i suoi eredi, non potessero riempire d'iscrizioni conservatorie i beni del venditore che nel solo caso di essere molestati, o che avessero giusto motivo di temerlo. Lo spirito che dettò l' articolo 1653 del Codice civile si riferisce alla decisione della controversia. Non bastano dunque semplici argomenti ma si richieggono bensì prove, o almeno forti indizj capaci a far nascere un giusto timore; e, in quest' ultimo caso ancora, la giustizia deve facilitare il venditore originario, o suoi eredi nei mezzi di toglier gli ostacoli.

Non debbo però dissimulare che Renussón nel suo *Trattato della surroga*, cap 5, pag. 97, num. 54, dice che l' azione di garanzia d' un compratore anteriore era *aperta* dal momento che il venditore alienava i fondi. Giusta il sentimento d' un tale scrittore, il primo compratore potea citare il secondo acquirente, onde sentir dichiarare che gl' immobili acquistati erano gravati dalla sua garanzia. Ma per lo più non si praticava, come diceva quest' autore. Questa citazione in dichiarazione d'ipoteca era del pari inutile, giacchè la prescrizione della domanda in garanzia non decorreva che dal giorno dell' effettiva molestia, non che dalla evizione già eseguita. Del resto, nell'attuale legislazione che ha prodotto tanti cangiamenti su questa materia, un tal caso non può assimilarsi a quello nel quale si prendessero delle iscrizioni onde garantire un'antica vendita. Questa antica dichiarazion d' ipoteca, da non potersi in altro modo considerare che per una formalità, non avrebbe allontanato un acquirente, quand'anche avesse potuto prevederla, se non avesse concepito fondati timori di essere richiamato; in luogo che le iscrizioni prese per la garanzia d'una antica

vendita producono il disordine e la confusione negli affari del venditore o de'suoi eredi.

In fine la presente questione si presentò vigente l'editto del 1771, ed i parlamenti la giudicarono uniformemente giusta l'opinione che ho dato. Sarà utile di far conoscere una decisione del parlamento di Parigi de'3 maggio 1785, quantunque la sua specie io la feci conoscere nel mio Commentario su questo editto del 1771, perchè quest'opera non trovasi ora nelle mani di molti giureconsulti. Tale decisione fu emanata dietro ampia istruzione fra persone della provincia di Auvergne. Io ebbi occasione di leggerla perchè dovetti esaminare la procedura con cui la decisione venne resa. Il signor di Macon avea comprata una decima dalla signora de Gironde. Il contratto racchiudeva la proibizione di depositarlo nell'ufizio delle ipoteche. La terra de Buron fu in seguito venduta dalla signora de Gironde, o suoi eredi al signor di Verdonnoit. Costui depositò il suo contratto, e ottenne delle lettere di ratifica; e fra le altre opposizioni, ve ne fu una del signor di Macon per la sua garanzia. Gli eredi della signora de Gironde intimarono per la cancellazione il signor di Macon. Costui rispose, che in seguito del suo contratto, non essendogli riuscito di avere le lettere di ratifica, avea il diritto di rendersi opponente a causa della sua garanzia; che potendo anche soffrire un'evizione ad onta delle lettere di ratifica che egli otterrebbe, la sua opposizione perciò dovea in ogni caso ammettersi. Gli eredi della signora de Gironde acconsentirono, che, malgrado la clausola del contratto di vendita, avesse il signor Macon ottenuto delle lettere di ratifica. In conseguenza di questo consenso essi ottennero la radiazione dell'opposizione del signor di Macon, in caso che non sopraggiungessero opposizioni alle lettere di ratifica che sarebbe nell'obbligo di avere sopra il suo contratto di vendita il quale gli permetterebbe di espo.re, in un termine accordatogli all'oggetto. La decisione giudicò ancora che, in questo caso, il compratore opponente era obbligato prendere queste lettere di ratifica a sue spese, e non a carico del venditore.

Essendosi dal signor Corail de Saint-Foi fatte delle osservazioni in forma di questione sopra lo stesso editto del 1771, si cita da costui alla pag. 130, una decisione del parlamento di Tolosa, ov'egli esercitava la professione di avvocato, de'31 agosto 1784, e un'altra del parlamento di Rouen, in data de' 18 marzo 1779, colle quali erasi giudicato che il compratore anteriore non veniva ammesso ad opporsi a causa della sua garanzia. Il suddetto autore dice che, nella specie della decisione del parlamento di Tolosa, il venditore *era fanciullo*, e osserva che, nella difesa, si citò

una decisione del parlamento di Parigi de' 19 luglio 1781, emanata tra il signor Estele e il signor Lagorée, in ordine alla quale si era confermata una opposizione a causa d' una semplice garanzia. Ma egli aggiungeva che l' opponente sosteneva che *egli correa sicuro pericolo di evizione, se il signor Lagorée trapassasse, giacchè era egli debitore delle doti di due ricche mogli, ch'egli sposò successivamente, e che era notoria l' insufficienza dei beni che gli restavano per corrisponderne* ». Il principio generale vien confermato dall' eccezione fatta da questa decisione a causa di circostanze particolari.

Confesserò che il contrario pare che siasi deciso dalla Corte di cassazione con decreto de' 15 aprile 1806, *sezione de' ricorsi*, riportata da Denevers l' istesso anno, pag. 360. Era questione se l' acquirente d'un fondo, anche dopo di averlo purgato da qualunque ipoteca, mediante lettere di ratifica sigillate senza opposizione, potea prendere iscrizione sopra i beni obbligati dal venditore in garanzia non solo delle ipoteche, ma anche dell'evizione, o di qualsivoglia molestia; e l' affermativa fu adottata. Ma vi erano, nella specie di questo decreto, delle circostanze che facevano sortire dalla tesi generale, e che portavano una decisione particolare. Dicevasi, in una vendita, fatta della terra di Landelle, che i venditori, i quali erano due sposi, « obbligavansi unitamente e solidamente, da non poter invocare il beneficio della divisione, di garantire, dare e fare valere libero e esente da qualunque debito, ipoteca, dote, sopravvivenza, donazione, costituzione, molestia, evizione, e da qualsiasi ostacolo, dando, all'oggetto, in ipoteca tutti i loro beni mobili e immobili, presenti e futuri. » Soggiungevasi che, nel caso che i venditori comprassero la terra di Grenteville, « essi impiegherebbero i 107,000 franchi (prezzo della vendita) per *sicurezza con privilegio speciale* della garanzia che promettono al compratore per la terra di Landelle, e la terra di Grenteville *resterà* per un tal impiego ipotecata *dello speciale privilegio* per sicurezza e garanzia dai venditori promessa ». La terra di Grenteville venne comprata con patto del rimpiego, e coll' obbligo dell' ipoteca per garantire e rendere sicura la prima vendita. Furono senz' opposizioni sigillate le lettere di ratifica sopra la vendita di questa terra di Grenteville. L' iscrizione presa dal compratore della terra di Landelle cadde sopra quest' istessa terra. Gravi timori facevano concepire clausole tanto straordinarie sulla solidalità della compra di questa terra. Uno *ispeciale privilegio* colpì la terra di Grenteville per garantire l' antica vendita. Simili clausole poteron considerarsi in un aspetto differente che la semplice ipoteca generale di diritto, o pure la stipulazione di tal ipoteca

niente aggiungerebbe alla forza della legge che la suppliva. Non è che non possa pensarsi che l'iscrizione, dietro tutti i fatti riportati nelle raccolta suddetta fosse senza fondamento; ma sembra però che la discussione non abbia avuto quello sviluppo di cui era suscettibile. Non sonosi riportati i gravi inconvenienti che risulterebbero dalla facoltà che gli antichi creditori hanno di prendere iscrizione su tutti i beni dei venditori, per una garanzia che diviene senza oggetto, dacchè non esiste verun motivo da temere una azione creditoria o un'evizione. Una sola questione si è veduta nella specie di questa decisione, indipendente dal generale interesse delle famiglie; in guisa che io credo poter dire, sotto qualunque rapporto, che un tal decreto, d'altronde isolato, non ha deciso *in terminis* la questione che ho presentata, e che perciò non può formare giurisprudenza.

L'estensione della dissertazione non dee sorprendere. Ella mi parve necessaria in un doppio rapporto. La questione è in se medesima importante, come me l'insegna l'esperienza. Del resto, anche dietro diverse disposizioni del Codice civile, si presentano importantissimi dubbj sulle questioni che sono analoghe a quella di cui si tratta: io le prevedo nel corso dell'opera, e per essere breve rinvio a questa dissertazione.

Ebbi anche de' mezzi da conoscere in quanto alle convenzioni fatte sotto la presente legislazione, che sonovi certe iscrizioni prese in virtù di speciali obbligazioni, e qualche volta anche sopra le cauzioni, a motivo delle azioni ereditarie che il compratore temeva. I venditori non avevano avuto l'accortezza di stipulare che la iscrizione si radiarebbe, quando le circostanze che vi avevano dato causa fossero cessate. Ora, in tali casi, che sono assai frequenti, si possono seguire i principj che pocanzi ho sviluppati.

Il mio lavoro essendo in questo stato, e questo Trattato essendo sotto i torchi, ebbi occasione di conoscere una decisione della Corte reale di Limoges de'9 maggio 1812, che ha decisa la questione in tesi, e cogli stessi principj che ho esposti. La compilazione di questa decisione, riferita da Sirey, vol. del 1812, 2 part. pag. 409, è per se sola un trattato sopra la questione. Ho creduto trasferirla in seguito della mia dissertazione. Basta per farla conoscere i fatti sui quali è stata resa: si può d'altronde, consultarli nella raccolta.

» Consierando che il destino d'un'iscrizione, per causa di garanzia nel caso di evizione, deve decidersi secondo i rischi a cui il compratore può essere esposto, ed a norma de' pesi o vizj della cosa alienata, in ordine a'quali il venditore non diede conoscenza all'epoca del contratto di vendita;che quando vi è pericolo dimostrato d'un evizione a cui l'acquirente può essere esposto,

vi sarebbe iniquità accordare la radiazione dell'iscrizione; ma che vi sarebbe parimente iniquità, lontano da ogni pericolo, di lasciar sussistere una iscrizione, che non è che un atto vessatorio, senza oggetto come senza utilità; —Considerando che Gio: Battista Nicot, venditore nel contratto di vendita del 29 gennaio 1791, possedendo il fondo di Gondaud come erede testamentario di Stefano Nicot, era gravato di sostituzione in virtù del testamento del 24 dicembre 1780; ma che essendosi le sostituzioni abolite dalla legge del 28 ottobre 1792, ed il detto Gio: Battista Nicot essendo sopravvissuto a questa legge, non è più nell'obbligo di restituire il fondo di Gondaud a coloro i quali, col cessare l'effetto di questa legge, venivano chiamati a raccoglierlo in forza della sostituzione, e che perciò n'è esso divenuto immutabile proprietario del fondo di Gondaud; che la legge istessa garantisce il signor Parant, proprietario attuale, da qualunque evizione fondata sopra la sostituzione come essa ne garantiva Gio: Battista Nicot, suo venditore, e primo proprietario. — Considerando che il signor Parant non oppone nè adduce verun altro mezzo apparente di evizione; che bisognava, nondimeno, che adducesse qualche caso positivo di diritto de'terzi, preesitenti alla vendita, che potessero un giorno dar luogo all'evizione; che se non adduce niente, vi è ragione di credere che non ne può addurre.—Considerando che nel 25 fiorile anno 5, il signor Parant ha ottenuto, in forza del contratto del 29 gennaio 1791, delle lettere di ratifica che senza opposizione vennero sigillate; che, dal 29 gennaio sino a questo giorno, il signor Parant godè l'immobile di Gondaud tranquillamente, e senza molestia da chi si sia; — Considerando che se è costante, nella giurisdizione del parlamento di Bordeaux, che bisogna trent'anni, ancorchè si abbia un titolo per prescrivere la proprietà, non è meno costante che, onde completare la prescrizione, si possa unire il proprio possesso a quello del suo autore, qualora si ebbe la cosa a titolo di legato, donazione o compra, purchè ambedue non sieno viziose, che il possesso non siasi interrotto, e occupato nel tempo intermedio, cioè, fra il possesso di colui che pretende prescrivere e 'l possesso del suo autore, che siasi posseduto come padrone con le qualità richieste per prescrivere, e che l'autore sia stato nella medesima posizione, che il titolo prenda causa dall'istesso autore il cui possesso si vuol unire al proprio; che tutte queste circostanze si riuniscono a vantaggio del sig. Parant, sopra il fondo di Gondaud che gode tranquillamente in virtù del suo titolo; che Gio: Battista Nicot suo venditore godè pacificamente in forza del testamento del 1777 e col favore della legge; che Stefano Nicot, suo autore, ha del pari avuto un pacifico possesso; che unendo al proprio possesso quello di Stefano e Gio: Bat-

tista Nicot, il signor Parant conta più di trent'anni di prescrizione, ciocchè lo pone al sicuro dall'evizione per parte di tutti quei che pretenderebbero il diritto sul fondo Gondaud;—Considerando che l'azione di garanzia dura per trent'anni, principiando a decorrere dal giorno della istanza di evizione, e non dalla data del contratto; e che in tal senso, parrebbe che l'azione di garanzia, non sia prescritta, ma che è superfluo ragionare intorno alla durata dell'azione di garanzia, allorchè è chiaro che il possesso del signor Parant, quello del suo venditore, e quello dell'autore del suo venditore gli hanno dato una prescrizione più che sufficiente, per essere al di là di trent'anni, che lo garantisce dall'evizione, che non permette di ammettere che egli possa esser obbligato di esercitare un ricorso in garanzia.—Considerando che l'immobile di Gondaud, stante le lettere di ratifica sigillate senz'opposizione, sia franco da qualunque debito e ipoteca, e perciò da qualsiasi diritto reale che i terzi potrebbero pretendere, non è giusto di lasciare sussistere delle penose iscrizioni per gli eredi Nicot, nel mentre che non recano alcun giovamento al signor Parant; — La Corte, riformando, ordina la radiazione delle iscrizioni, ec. »

È pervenuto anche a mia notizia una decisione della Corte di Riom, 2.ª camera, resa il 25 pratile, anno 13, fra il signor Choussy e una persona a cui gli avea venduto uno stabile avanti la legge di brumaio anno 7, che, confermando una sentenza del tribunale d'Ambert, avea giudicato la questione in tesi, dietro gli stessi principj. La decisione è fondata sul motivo che non esisteva verun'azione ipotecaria, e che non vi era alcun'apparente timore di evizione.

SEZIONE III.

DEGLI OGGETTI CHE SONO, O NÒ, SUSCETTIBILI D'IPOTECA. DELL'INDIVISIBILITA' DELL'IPOTECA E DELLA SOLIDITA' CHE NE RESULTA.

PARAGRAFO I.

DEGLI OGGETTI SUSCETTIBILI, O NÒ, D'IPOTECA.

SOMMARIO

140. *Principio generale di quel che è suscettibile o nò d'ipoteca.*
141. *I mobili non sono suscettibili d'ipoteca.*
142. *Dell'immobilizzazione dei frutti, o delle somme che gli rappre-*

Principio generale di quel che è suscettibile, o nò, d' ipoteca.

140. Su questa materia domina il principio elementare, di non essere cioè suscettibile d'ipoteca tutto quello che non è in commercio. L'art. 2118 del Codice civile, dichiarando suscettibili d' ipoteca gl'immobili, soggiunge, *che sono in commercio.* Tal' è di fatto la condizione richiesta da tutte le legislazioni per la validità dell'ipoteca. Moltissime leggi romane rammentano questo principio, e lo ricongiungono all'altro che ho già spiegato nel §. 3 della prima sezione di questo capitolo, cioè, che non si può ipotecare se non quello che può vendersi, essendo la facoltà d' ipotecare subordinata a quella di alienare. Vedi la legge 1.ª ff. *quae res pign.*, la legge 9 *cod. de pign. et hypoth.*; e Dionisio Goffredo su quest' ultima legge.

Crederei discostarmi dal mio soggetto se intraprendessi di spiegare quali proprietà sono, o quali nol sono in commercio e che, per conseguenza, possono, o nò, esser vendute. Ciò non dipende dai principj particolari della materia delle ipoteche, ma bensì dai principj generali del diritto: d'altronde, questi principj che sono stati convertiti in leggi da parecchi articoli del Codice civile, sono stati anche esposti da molti scrittori; essi sono talmente elementari, sì conosciuti e comuni, che è difficile ingannarsi nel farne l' applicazione. Spiegherò dunque soltanto quelli relativi alle cose che, essendo in commercio, sono o nò, suscettibili d' ipoteca.

Per potersi formare idee precise su questo soggetto, bisogna combinare tutto il capitolo 1.°, del tit. 1.° del 2.° lib. del Codice civile, e soprattutto l'art. 526, cogli art. 2118 e 2119 del medesimo Codice. L'indicato capitolo contiene la classificazione che doveva essere fatta delle proprietà in beni mobili, beni immobili, e diritti immobiliari. Vi distingue quello che è immobile per sua natura; quello che naturalmente è mobile, ma che prende il carattere d'immobile per effetto della sua destinazione; e finalmente quelle cose che divengono immobili per l'oggetto al quale si applicano.

Ma, in tutti gli oggetti enunciati in questo capitolo, benchè parecchi sieno riputati immobili, fa d'uopo determinare ciò che propriamente è suscettibile d'ipoteca. Anche questo è stato fatto dalla legge coll'art. 2118, concepito in questi termini. « Sono soltanto suscettibili d'ipoteca, 1.° i beni immobiliari che sono in commercio, ed i loro accessorj reputati come immobili; 2.° l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj durante l'usufrutto. » Resulta da questa disposizione, che gli oggetti che sono veramente mobili in loro stessi, ma che sono reputati immobili per destinazione, sono tali accidentalmente e momentaneamente; cosicchè, se questi oggetti vengono separati dagl'immobili, alla natura dei quali partecipavano, a motivo della loro adesione, essi riprendono la loro qualità di mobili, ed allora si sottraggono all'ipoteca sotto alla quale erano compresi prima della loro separazione. Esse divengono mobili come tutte le altre suppellettili, ed effetti meramente mobiliari, che non son suscettibili d'ipoteca, dietro l'art. 2119, che è concepito in questi termini: « I mobili non son sottoposti all'ipoteca. »

Nondimeno è da osservarsi, che ciò che ho detto soffre qualche eccezione. Vi possono essere delle cose mobili per loro natura, ma immobili per adesione, le quali, quantunque tolte o staccate momentaneamente per la loro propria conservazione, col disegno però di rimetterle secondo la primitiva loro destinazione, sarebbero considerate sempre immobili, o per conseguenza soggette all'ipoteca: giacchè è la destinazione sempre che conserva la immobilizzazione. Si può consultare, su questo motivo Pothier nelle sue note sugli articoli 352, e seguenti dello Statuto d'Orléans (1). Un decreto della Corte di cassazione, de' 4 febbraio 1817, che si trova nella raccolta di Denevers dello stesso anno, pag. 115, ha giudicato che le botti le quali servivano, in una birreria, per trasportare la birra presso i particolari, si considerano come immobili per destinazione e son sempre soggette all'ipoteche come la birreria medesima. Lo stesso si è anche deciso

(1) Il desiderio d'istruire ha condotto questo savio autore ad entrare a questo proposito nelle più minute particolarità. Egli dice che i fiori si presumono far parte del terreno che gli ha prodotti o alimentati; anche le cipolle, egli soggiunge, che si scavano nel corso dell'inverno per esservi ripiantate, conservano la natura del fondo *a causa della loro destinazione*. Rispetto ai fiori ed arboscelli che sono ne' vasi o nelle casse, non v'ha dubbio, dice l'autore, che debbansi riguardare come cose mobili. In qualche parte ho veduto che si debbono considerare come immobili i pali, sebbene staccati dai ceppi, quando sono conservati in massa per servire alla stessa destinazione per il prossimo lavoro delle vigne. Il vero si è, che ciò deve aver luogo, per le stesse ragioni dedotte dal POTHIER.

nel caso di una vendita isolata, fatta dopo la morte del debitore, e proseguita da un curatore dato alla successione vacante.

Può benanche dirsi che un'ipoteca data sopra una tenuta colpisce sopra tutti i bestiami che vi sono addetti, e sopra tutti gli altri oggetti, che, giusta l'art. 524 del Codice civile, divengono immobili per destinazione, senza bisogno di espressa stipulazione. La ragione si è, che l'accessorio segue sempre di diritto il principale. Lo stesso deve essere degli accessorj di nna casa, immobilizzati dall'art. 525 del Codice medesimo. La Corte reale di Riom, 1.ª camera con una decisione dei 31 agosto 1820 giudicò che i bestiami di una tenuta, non che i montoni e pecore ch'erano compresi nel soccio dato al colono, o mezzaiolo del podere della tenuta, si comprendevano di diritto nella espropriazione immobiliare di questa tenuta, e nell'aggiudicazione, quantunque nell'nna e nell'altra si fosse serbato il silenzio sul grosso bestiame e sugli animali lanuti. Ciò dipende dal medesimo principio pocanzi esposto. L'art. 2204 del Codice civile, dal quale si trarrebbe una conseguenza contraria, conferma il principio anzichè distruggerlo. Una pruova di quanto finora dicemmo si è, l'essere costante in giurisprudenza che lo stato stimativo, prescritto dall'art. 948 del Codice civile, per una donazione tra vivi di mobili, non sia necessario per le cose mobili di loro natura, siano bestiami od altro, ma che divengono accessorie dell'immobile dato.

Ma è essenziale di rimarcare che vi sono dei diritti incorporali, che hanno ciò non ostante il carattere di *diritti reali immobiliari*, e sono suscettibili d'ipoteca, come ciò ch'è propriamente immobile. Bisogna guardarsi dal confondere questi *diritti reali immobiliari*, con certi altri diritti, dichiarati immobili dalla legge per l'oggetto al quale si riferiscono, che non sono intanto suscettibili d'ipoteca, come sarebbero le azioni che tendono a rivendicare uno immobile di cui si è fatta menzione nell'art. 529 del Codice civile. Tutto ciò che ha un carattere d'immobile, in opposizione a quello ch'è solamente mobile, non è per questo suscettibile d'ipoteca.

Così, per *diritti reali immobiliari* che sono suscettibili d'ipoteca, si deve intendere dei diritti che, sebbene incorporali, affettano l'immobile in guisa tale da non poterne essere staccati; che partecipano di sua natura, e che formano delle proprietà particolari, le quali possono da tutt'altri esser godute che dal proprietario stesso dell'immobile che n'è gravato.

Un diritto di pastura che avrebbe un particolare su dei beni rurali appartenenti a un individuo, un diritto per la ghianda, un diritto per l'uso

delle legna nelle foreste, possono esser messi nella classe dei diritti reali immobiliari. Essi sono ordinariamente annessi a un corpo di dominio, e lo seguono. Un diritto, di cui non sono rari gli esempj, il quale consistesse nel far macinare ad un mulino tutto il grano per uso delle persone che abitassero in una data casa, o in un dato fondo, tutti questi diritti, ed altri simili, sono altrettanti *diritti reali immobiliari*, suscettibili d'ipoteca come il fondo medesimo che essi colpiscono. A questi diritti applicar si possono le parole dell'articolo 2181 del Codice civile, il quale dice: « I contratti che trasferiscono la proprietà degl'immobili, o i diritti reali immobiliari, che il terzo possessore vorrà liberare dai privilegj e dalle ipoteche, saranno trascritti etc. ».

Così, dietro quest'ultima osservazione, se si combina gli articoli 2118 e 2181, si deve considerare come oggetti suscettibili d'ipoteca 1.° gl'immobili propriamente detti; 2.° i loro accessorj riputati immobili; 3.° i diritti reali immobiliari della natura di quelli da me ora indicati.

I mobili non sono suscettibili d'ipoteca.

141. L'art. 2119 ha fatto sparire degli antichi usi che traevano la loro origine dal diritto romano, e che conservati si erano in alcune parti della Francia, ove i mobili erano ancora suscettibili d'ipoteca. Questa legislazione era molto viziosa; ella era contraria alla natura delle cose. Si sente infatti quant'era difficile di formare, con una certa stabilità, un'ipoteca sopra cose soggette al deperimento, e che potevano sparire sì facilmente.

La Corte di cassazione, con un decreto de' 17 di marzo 1807, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 158, decise che, sotto l'impero della legge di brumaio, (il che pur dee applicarsi al Codice civile) non poteva reclamarsi un'azione ipotecaria sopra cose mobili per crediti antichi che, secondo alcuni particolari Statuti, come quelli di Bretagna, producevano ipoteca tanto su gl'immobili quanto su i mobili. La difficoltà consisteva a quel che sembrava, nel dare alla legge un'effetto retroattivo. Ma si conosceva nel tempo istesso essere stata questa precisamente l'intenzione del legislatore. La Corte di cassazione giudicò che dalla combinazione di diverse disposizioni della legge di brumaio, dal suo insieme, e può anche dirsi dal Codice civile, risultava che le ipoteche su i mobili non aveano più luogo, *tanto per il passato quanto per l'avvenire* (1). D'altronde non sa concepirsi

(1) I magistrati non debbono mai permettersi di dare un effetto retroattivo alle leggi, *art. 2 del Codice civile*: ma essi vi sono obbligati quando la legge stessa è retroattiva nella

la possibilità della iscrizione, rispetto ai beni mobili. Questa iscrizione, per verità, è richiesta relativamente agli altri oggetti che anticamente erano suscettibili d'ipoteca, e che per effetto delle nuove leggi han cessato di esserlo, come sono le rendite di cui parlerò in appresso. Ma in questo caso, sebbene questi oggetti fossero di diritti incorporali, immobili soltanto per finzione, la iscrizione era possibile. Sicchè dalla disposizione del art. 2118 del Codice civile, deducesi un'importante conseguenza, e che costituirà il principale fondamento di tutto quello che avrò a dire in questo paragrafo: ed è, che dopo i beni immobiliari, e i loro accessorj reputati immobili, non vi è se non l'usufrutto di questi oggetti medesimi il quale sia suscettibile di ipoteca, pel tempo della sua durata.

Dell' immobilizzazione dei frutti, o delle somme che gli rappresentano, in favore dei creditori. Spiegazioni dei principj su questa materia. Dei casi ai quali si applicano.

142. Ma dall'essere in generale gl'immobili i soli oggetti suscettibili di ipoteca, e dall'avervi le leggi sottoposto i soli frutti pendenti, non fa d'uopo conchiuderne che questi frutti anche dopo la loro esazione, o le somme che li rappresentano, non possano venir sequestrati dai creditori iscritti sul fondo che gli ha prodotti, per esser distribuiti fra loro secondo il grado delle loro ipoteche. Era un antico principio, che i frutti, o le somme che li rappresentano, s'immobilizzavano in favor de' creditori. D'Hèricourt, *della vendita degli immobili*, cap. 11, n.° 1., stabiliva come principio ammesso senza alcuna difficoltà nella pratica, che « la graduatoria è un giudizio che determina il grado in cui i creditori che han prodotto opposizione al decreto debbono esser pagati coi denari provenienti dal prezzo del fondo venduto, e *con quelli che trovansi presso de' commessi all' espropriazioni reali, derivanti dagli affitti giudiciali dei fondi medesimi*, secondo l'ordine dei privilegj e delle ipoteche, o come creditori chirografarj, per coloro che non hanno ipoteca.» Pothier, *Introd. al tit. 21 dello Stat. d'Orl.* n. 123 e 124, diceva che l'ordine è il grado in cui l'espropriante, e ciascuno degli opponenti, debbono esser pagati sul prezzo dell'aggiudicazione, *e sulle ren-*

sua disposizione. Il principio che le leggi non devono agire sul passato, è consacrato dalla legge 7 al Codice *de legibus*. Ma vi si legge questa modificazione: *Nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis gestum sit.* Il legislatore dev'esser molto discreto intorno alle retroattività; e fortunatamente gli esempj ne sono assai rari.

dite percepite dopo l'espropriazione reale dal commesso. I creditori, egli soggiungeva, debbono esser pagati secondo l'ordine de'loro privilegj ed ipoteche, *sulle rendite*, come sul prezzo dell'aggiudicazione: perchè, per l'espropriazione del fondo, *essi hanno acquistato il diritto di goderne in diminuzione de' loro crediti*, secondo il loro grado.

Fra noi, lo stesso principio sorge dall'art. 2166 del Codice civile. Questo articolo accorda al creditore iscritto un diritto sul fondo gravato dall'ipoteca *in qualunque mano che passa.* Resulta da ciò che dopo l'iscrizione, e tutte le volte che si esercita l'ipoteca sul fondo, niuno può goderne in pregiudizio dei creditori. I frutti, al pari del fondo, divengono l'oggetto dell'ipoteca, ed il pegno del credito. Le somme che li rappresentano, debbono essere, al pari del prezzo del fondo medesimo, distribuite secondo il grado delle ipoteche.

Io opino che questo vincolo dei frutti, e delle somme che se ne traggono in favore dei creditori, ha luogo sol quando vi è per parte loro un esercizio di diritto ipotecario. Rispetto a ciò, onde evitare ogni sorta di confusione d'idee, conviene osservare che la sola iscrizione, propriamente parlando, non è un atto col quale si esercita la ipoteca; non ha il carattere di tutto ciò che è conseguenza dell'ipoteca, ed è soltanto un segno dell'esistenza dell'ipoteca, affinchè i terzi non la ignorino. Questa ipoteca però non è ancora in azione, mentre la iscrizione può essere cancellata mercè la soddisfazione o estinzione del credito. Quest'azione, l'oggetto della quale si è di giungere al rilascio, o alla espropriazione del fondo ipotecato, ad oggetto di ottenere il pagamento del credito, ch'è lo scopo dell'ipoteca, non comincia che colle procedure. Talchè la sola iscrizione non impedisce che il debitore non abbia la piena proprietà del fondo che egli ha dato in ipoteca, e non goda di tutti i diritti inerenti alla proprietà. Questa idea è la chiave di parecchi principj in questa materia, e merita una particolare attenzione. Così, eccetto il caso dell'esercizio dell'ipoteca, di cui si è parlato, e se per esempio si trattasse di affitti scaduti prima che il pignoramento fosse denunziato, allora si dovrebbe procedere fra i creditori esproprianti, come si pratica d'ordinario in materia di sequestri e pignoramenti di beni mobili.

La conseguenza del principio esposto, il quale deriva dall'art. 2166 del Codice civile, si trova nell'art. 689 del Codice di procedura: « I frutti raccolti dopo la denunzia fatta al debitore (che si richiede coll'art. 681.) saranno considerati come immobili per essere distribuiti unitamente al prezzo del fondo, *secondo l'ordine dell'ipoteche.* » Se i fondi pignorati non sono appi-

gionati o affittati, l'art. 688 vuole che il debitore ritenga il possesso degl'immobili pignorati fino al momentò della vendita, come un depositario giudiciale, purchè non sia diversamente ordinato dal giudice in conseguenza dei richiami di uno o di più creditori. L'art. 691, regola quindi l' effetto della locazione, nel caso in cui n' esistesse una all' istante del pignoramento. Se l'affitto non ha data certa avanti il precetto preliminare di pagamento, potrà pronunziarsene la nullità, se i creditori o l' aggiudicatario la dimandano. Se l' affitto ha una data certa, i creditori potranno sequestrare il prezzo degli affitti; e, in questo caso, sarà delle pigioni o prezzo d'affitti *scaduti dopo la denunzia fatta al debitore* come dei frutti *menzionati nell' art.* 689.

Ho dovuto ravvicinare questi tre art. 688, 689, e 691 del Codice di procedura, coll'art. 2166 del Codice civile per stabilire l' importante principio della immobilizzazione dei frutti, come una conseguenza dell'immobile gravato di ipoteca. Si vede ancora che, per l'effetto della immobilizzazione dei frutti, o delle somme che li rappresentano, il debitore per questo lato non può far nulla in nocumento ai creditori. Egli non può pregiudicare al loro diritto, con un affitto che avesse il carattere della frode, che fosse fatto per molti anni, e che contenesse la quietanza degli affitti pagati anticipatamente. Ora nel caso in questione l'art. 691 per l' efficacia degli affitti ha dato luogo a gravi difficoltà. Esse sono troppo strettamente legate col principio della immobilizzazione de'frutti, per non parlare nel tempo stesso di queste difficoltà.

Egli è agevole il ravvisar quanta diligenza ed attenzione adoperar conviene nel determinare l'effetto che aver deve l' affitto di un fondo fatto da un debitore nelle circostanze di cui si tratta. Si comprende con quanta facilità questo debitore, abusando del principio che nè l'ipoteca, nè l' iscrizione, non lo spogliano della proprietà, diminuir potrebbe il pegno dei crediti, con un affitto a lungo tempo, specialmente se questo affitto contenesse la quietanza degli affitti pagati anticipatamente per tutta la durata dell'affitto. Appena si vedrebbe minacciato da una procedura di espropriazione, egli potrebbe, facendo un simile affitto, volgere a suo particolar profitto anche una parte della proprietà ipotecata: pratica che ricadrebbe evidentemente a danno dei creditori. Eravi nell' antica legislazione un principio che preveniva simili inconvenienti. Gli affitti non potevano eccedere i nove anni; ed il pagamento degli affitti non poteva esser fatto in anticipazione, in pregiudizio dei terzi, se non per un anno. Con questo mezzo venivano impedite le frodi. Ma nella nostra attuale legislazione non si trova lo stesso rimedio; ella non ha ristretto la durata degli affitti, e non vi ha vietato il pagamento anticipato di più d' un anno di affitto, relativamente a' terzi.

Qual'è il risultato dell'art. 691 del Codice di procedura? Questo articolo prima di tutto prende di mira l'epoca in cui l'affitto di un fondo, fatto dal debitore, potrebb'esser sospetto. Quest'epoca è quella del precetto preliminare di pagamento. Se l'affitto non ha una data certa prima del precetto, la legge lo riprova come fraudolento, e potrà esserne pronunziata la nullità: se al contrario l'affitto ha una data certa avanti questo precetto, in tal caso i creditori non hanno altra facoltà se non quella di pignorare e sequestrare il prezzo dei fitti, o le pigioni; ed in questo caso, giusta il principio dell'immobilizzazione de'frutti, dal momento che si esercita l'ipoteca, sarà del prezzo dei fitti o pigioni scaduti *dopo la denunzia fatta al debitor pignorato*, come dei frutti menzionati, nell'art. 689 cioè, che queste pigioni e prezzo degli affitti saranno distribuite col prezzo dell'immobile, *secondo l'ordine d'ipoteca.*

Ma allorchè è detto in questo articolo che, nel caso ove l'affitto abbia una data certa prima del precetto, i creditori *potranno sequestrare e pignorare le pigioni o il prezzo dei fitti*, l'articolo suppone necessariamente che l'affitto non contenga quietanza del prezzo dei fitti e pigioni anticipati, e che questi debbano essere in potere del pigionale o affittaiolo. Nondimeno, il pagamento anticipato può essere stato stipulato nel contratto di locazione o di affitto, quand'anche vi fosse una data certa prima del precetto ed in questo caso, l'affitto dovrà egli avere sempre la sua esecuzione? Come rifare il danno che derivar potrebbe ai creditori che non avranno la facoltà di pignorare e sequestrare le pigioni e il prezzo dei fitti de' quali il pigionale e l'affittaiolo parrebbe esserne liberato? Tale è la difficoltà di cui non trovasi la soluzione sia nell'art. 691, sia in alcun altro.

Questa difficoltà sollecitò vivamente il Tribunato, allorchè fu fatta la compilazione del Codice di procedura. Il signor Tarrible ha posteriormente manifestata la stessa premura, in una discussione che ha stabilita, a questo proposito, nel suo articolo inserito nel *Repertorio di giurisp.* alle parole *Terzi Detentori*, num. 4. Per procurare di prevenir le frodi, la sezione di legislazione del Tribunato proponeva d'inserire due articoli in seguito dell'articolo 691. Il primo era così concepito: « I contratti di affitto o di locazione, qualunque sia la loro durata, saranno eseguiti per tutto il tempo convenuto, se, al momento in cui furono fatti, non vi era iscrizione ipotecaria, sull'immobile. Nel caso in cui vi fosse una o più iscrizioni alla detta epoca la durata sarà sempre ristretta, relativamente all'aggiudicatario, alla più lunga durata degli affitti, secondo l'uso dei luoghi, a contare dall'aggiudicazione, salva ogni azione contra il debitore pignorato. »

Il secondo articolo era così concepito: « Nel caso in cui al tempo dell'affitto o locazione, vi fossero state iscrizioni ipotecarie sugl'immobili, i pagamenti fatti in anticipazione dai fittaioli o pigionali, non saranno ammessi, contra i creditori e l'aggiudicatario, se non per l'annata nella quale vien fatta l'aggiudicazione. »

Da questo si rileva che, nel sistema del Tribunato, sceglievasi l'epoca della iscrizione per determinare la presunzione della frode, mentre che seguendo lo spirito dell'art. 691, era soltanto l'epoca del precetto, che doveva fissare l'idee di frode.

Il signor Tarrible si determina nel senso de'due articoli proposti dal Tribunato. Egli conveniva che i due articoli non erano stati adottati; ma diceva, le loro disposizioni, specialmente per ciò che riguarda i pagamenti anticipati, erano tanto savie e tanto giuste, che l'essere stati rigettati non può attribuirsi che all'opinione in cui dovea essere il Consiglio di stato, che le altre disposizioni dei Codici erano sufficienti per ottenere il medesimo scopo. Il signor Tarrible, seguendo la sua idea, si abbandona ad una lunga discussione, alla quale mi contento di ritornare, affine di stabilire come positivo il principio, che il prolungamento dell'affitto di un fondo per molti anni, ed il pagamento anticipato dei fitti debbano essere annullati come atti che offendono i diritti del creditore provenienti dalla sua ipoteca iscritta. Egli paragona questi due casi con quello di un usufrutto stabilito a favore di un terzo sull'immobile ipotecato; quale usufrutto potrebbe indubitatamente pignorarsi con azione ipotecaria, come potrebbe esserlo la proprietà istessa.

Ma ascoltiamo ciò che dice Locré nella sua opera intitolata: *Spirito del Codice di precedura*, opera che contiene un'analisi esattissima delle discussioni che ebbero luogo nel tempo della redazione di questo Codice, come quella che aveva già fatta delle discussioni che precederono il Codice civile. Egli ne parla nel tomo 3, sull'art. 691. È essenziale l'osservare che l'opera del sig. Locré comparve dopo l'impressione del Repertorio di giurisprudenza, in cui era inserito l'articolo del signor Tarrible. Il signor Locré riporta i due articoli proposti dal Tribunato. Egli fa conoscere i motivi su de'quali fondavansi; e facilmente si penetra questi motivi. L'affitto del fondo, che avesse una data certa, essendo stato fatto colla quietanza del prezzo degli affitti anticipati, in tempo in cui non eranvi iscrizioni, i creditori non potevano lagnarsene, poichè in quell'epoca il proprietario poteva liberamente disporre del fondo; avrebbe potuto venderlo o ipotecarlo validamente. In luogo che se l'affitto del fondo era fatto dopo che le iscrizioni

fossero state prese, questo affitto sarebbe sospetto, essendo fatto per molti anni, e coll'anticipazione del pagamento degli affitti. Non essendovi anticipazione di pagamento, la lunga durata dell'affitto incomoderebbe l'aggiudicatario. Essendovi anticipazione di pagamento, la lunga durata dell'affitto, senza l'annuale pagamento, deprezzerebbe il valore del fondo.

E che dice in seguito il signor Locré? « Queste disposizioni (contenute ne'due articoli proposti) avrebbero intralciato le transazioni e l'uso della proprietà. *Si è dunque persistito* a non riguardar come sospetti se non gli affitti fatti *dopo il precetto*, e si è limitato ad autorizzare il sequestro del prezzo dei fitti e pigioni. Del resto ognun sa che se vi fosse frode, i creditori potrebbero andar più lontano, giacchè il dolo è eccettuato da tutte le regole ». Infatti si conosce su tale oggetto la disposizione delle leggi romane, e quelle dell'art. 1167 del Codice civile, e dell'art. 445 del Codice di commercio. Ben si ravvisa tutta l'impressione che deve produrre l'analisi presentata dal sig. Locré. Si vede il vero motivo del rifiuto dei due articoli proposti dal Tribunato.

Quale dunque è la conseguenza che si deve dedurre dall'art. 691? È perchè il contratto di affitto di fondi o di case siccome ha una data certa avanti il precetto fatto al debitore, questo contratto, sarebbe nullo di diritto quantunque contenesse la stipulazione degli affitti o pigioni anticipati. Ma ancora tutti i mezzi di nullità, a causa del dolo o della frode, son riserbati ai creditori, e a tutte le parti interessate. I tribunali non potranno che essere severi, allorchè si tratta di valutare, dietro i fatti che potranno presentarsi, un affitto fatto in simil circostanza, soprattutto con anticipazione di pagamento.

Fin qui, in quanto alle frodi dalle quali può essere viziato un contratto di affitto, non ho avuto in mira se non il caso nel quale l'esercizio dell'ipoteca tendesse all'espropriazione forzata, essendo quello in cui la frode, per parte del debitore, è più da temersi, e dove ella si pratica in effetto più comunemente. Ciò non ostante, facendo astrazione dall'affitto di un fondo, e dall'applicazione delle disposizioni degli art. 688, 689 e 691 del Codice di procedura, potrebbe accadere che una vendita fatta da un debitore, contenesse delle clausole che pregiudicherebbero ai creditori iscritti, sul fondo venduto, ed allora si deve decidersi co' principj generali, stabiliti in fatto di frode, essendo il casodella frode sempre eccettuato nelle disposizioni delle leggi.

Quindi, secondo l'art. 692 del Codice di procedura, la vendita dell'immobile sarebbe nulla, se ella è posteriore alla denunzia che sarebbe stata fatta al

debitore, del sequestro. Non pertanto secondo l'art. 693, ella può essere valida, sotto delle condizioni, che allorchè sono eseguite, escludono ogni idea di frode.

Per quel che riguarda una vendita fatta dal debitore, anche quando esistessero delle iscrizioni, è chiaro che l'esistenza di queste iscrizioni non influisce in alcun modo sull'effetto della vendita. Non vi potrebbe essere altre clausole pregiudiciali a'creditori, eccetto quelle che hanno per oggetto gl'interessi del prezzo. Ora, non impedisce niente che il compratore non paghi gl'interessi del prezzo al venditore. Egli non gli dovrebbe a'creditori, che in due casi, malgrado qualunque clausola contraria apposta nel contratto di vendita. Il primo, se avanti di ogni misura per purgare il fondo, fosse fatta un'intimazione al compratore, ai termini dell'art. 2176 del Codice civile; da una tal'epoca il terzo possessore dovrebbe il godimento del fondo, e simili godimenti devono essere rappresentati cogl'interessi: il secondo, se, non essendovi stata intimazione, il compratore prendesse le misure per purgare il fondo, osservando le formalità prescritte dall'art. 2183 dello stesso Codice. Egli, secondo l'art. 2184, è obbligato di offrire di pagare immantinente il prezzo della vendita, e sarebbe un assurdo se non dovesse gli interessi di questo prezzo dal giorno di questa offerta. Nè si potrebbe alcuna conseguenza dedurre dalla disposizione dell'art. 691 del Codice di procedura onde giustificare, nel caso di vendita, un pagamento anticipato degl'interessi del prezzo, in danno de'creditori. Si tratta di casi differenti, e sopra una simile questione non deve punto farsi estensione di un caso all'altro. Ciò è tantoppiù vero, per il caso di vendita, che la presunzione è sempre almeno riguardo ai creditori, che il compratore è padrone del prezzo della vendita, e che se lui se ne è liberato, non ha inteso farlo se non a condizione che non lascerebbe di rimetterlo ai creditori con gli interessi, a contare dal tempo nel quale dovrebbero correre a loro profitto.

È utile far conoscere su tal materia un decreto della Corte di cassazione del 3 di novembre 1813, riferito da Denevers, lo stesso anno pag. 556. Ivi si vedrà la conferma dei principj sulla immobilizzazione de' frutti in favore de'creditori, e ci si formerà delle idee relative alle frodi che possono esser commesse per impedire l'effetto di questa immobilizzazione.

Nella specie di un tal decreto, il signor Binda, debitore della signora di Montaleuge, con atti notariali del 1.° e 7 di febbraio 1809, avea ceduto a questa, in pagamento, tutte le pigioni che sarebbero dovute al debitore fino al mese di settembre 1810, dai pigionali di una casa che gli apparteneva. La signora di Montaleuge fece in seguito notificare l'atto

di cessione ai pigionali. Ma con atto notariale del 3 di novembre dell'istesso anno 1809, il sig. Binda vendè la sua casa al sig. Merletti per 15,000 franchi. Il compratore promise di pagare a'creditori del venditore dietro un giudizio di graduatoria, il valore della sua compra, insieme cogl' interessi che comincerebbero a decorrere dal giorno della vendita, in compenso delle pigioni che questo compratore sarebbe in diritto di percipere a contare dello stesso giorno. Il sig. Merletti fece trascrivere il suo contratto di compra, e lo notificò a'creditori iscritti. Egli aveva pagato gli interessi del prezzo, a contare dal giorno del contratto, a' creditori, con surroga. La graduatoria si aprì. La signora di Montaleuge ed il signor Merletti reclamarono respettivamente, in preferenza l'una dell' altro, le pigioni del pari scadute posteriormente alla vendita cioè, la signora di Montaleuge, come essendone stata impadronita per virtù della sua cessione notificata, e il signor Merletti, per un diritto d'ipoteca sulle medesime pigioni, come essendo surrogato a'diritti de'creditori iscritti. La pretensione del signor Merletti fu accettata. Per brevità rinvio alla discussione inserita nella Raccolta e riporterò solamente i principali motivi del decreto. « Attesochè risulta dalla disposizione dell'art. 2166 che i creditori privilegiati ed ipotecarj su l'immobile, hanno diritto non solo sul prezzo dell'alienazione di questo fondo, ma anche sugl'interessi del prezzo a contar dal giorno dell'alienazione. Che in realtà, a contare dell'alienazione fatta dal debitore, o pronunciata contro di lui, l' intero prezzo della vendita volontaria, o dell'aggiudicazione forzata, spetta e deve essere distribuito a'creditori iscritti fino alla concorrenza de'loro crediti, e che questo prezzo si compone non solo della somma principale che è stata fissata per l'alienazione, ma degli interessi ancora da scadere, *che sono un accessorio del principale:* perlocchè ne risulta che i creditori iscritti hanno diritto a quest' interessi, malgrado qualunque vendita o cessione anticipata che potrebbe esser fatta dal debitore, o di questi interessi, o delle rendite che li rappresentano; che altrimenti, il debitore che sarebbe minacciato di una espropriazione forzata, o che avesse l'intenzione di vendere, potrebbe pregiudicare impunemente i diritti de'suoi creditori iscritti, ed arricchirsi a loro spese, consentendo vendite o cessioni, a prezzo contante delle rendite dell'immobile ipotecato, per un lungo corso di anni da scadere. Che del pari l' art. 2091 dispone espressamente che l' anticresi che è stata consentita dal debitore non pregiudica ai diritti che potessero avere dei terzi, sopra i fondi dell'immobile concessi a titolo d'anticresi; e che l'anticresi non essendo altro se non la cessione de' frutti d'un immobile, è evidente che

la cessione delle rendite che non devono scadere se non dopo l'alienazione dell'immobile, non può, più che l'anticresi, essere opposta a'terzi che hanno dei diritti ipotecarj sul fondo alienato ».

Allorchè mi son determinato a riportare questo decreto della Corte di cassazione, è soprattutto per stabilire il principio dell'immobilizzazione dei frutti, e per provare che questa immobilizzazione poteva farsi nel caso di una vendita volontaria, come in quella dell'espropriazione forzata di un fondo. Ciò non ostante, dietro l'espressioni alquanto generali de'motivi di questo decreto, si potrebbe credere che, nel caso della vendita volontaria, l'immobilizzazione de'frutti può aver luogo indefinitivamente a vantaggio de'creditori iscritti, a contare della vendita istessa. Ma queste espressioni non si debbono prendere letteralmente. Non evvi immobilizzazione di frutti dopo la vendita: le sole iscrizioni non possono nuocere al diritto di proprietà del venditore, pel quale può disporre de'frutti, ed il compratore che lo rappresenta ha i medesimi diritti. In caso di vendita volontaria, l'immobilizzazione non puole avvenire se non allorchè vi sono degli atti che comprovano l'esercizio dell'ipoteca per parte de'creditori. Se ne ritrovavano nella specie del decreto; di maniera che la generalità di tali motivi dev'esser modificata dalle circostanze che possono dar luogo all'immobilizzazione. Pel rimanente veggasi quel ch'io dico nella sezione 4, del 1.° cap., della 2.° parte, ove tratto la questione di sapere qual giorno, il compratore che prende le misure per pagare le ipoteche, deve a'creditori iscritti gl'interessi del prezzo della vendita.

Dell'enfiteusi.

143. In quanto all'enfiteusi, si deve fare attenzione ad una differenza che esiste fra la legge di brumaio ed il Codice civile. Questa legge, all'articolo 6, indicava egualmente come immobile suscettibile d'ipoteca il godimento *a titolo d'enfiteusi*, e l'usufrutto per il tempo della sua durata; mentre che l'art. 2118 del Codice civile tace sul godimento a titolo di enfiteusi. Da ciò resulta che il godimento di un fondo dato a canone enfiteutico, che non sarebbe altro se non una specie di affitto a lungo tempo, e mediante il carico di piantazione e miglioramenti, ciocchè non va tra le convenzioni ordinarie de'contratti di affitto, non sarebbe una cosa suscettibile d'ipoteca. In tal circostanza bisognerebbe seguire le regole del pignoramento de'frutti. Il diritto del fittaiuolo o del locatario, per quanto lungo che sia l'affitto, non è un diritto sulla cosa, *jus in re*, ma soltanto un'azione personale contro il proprie-

tario *ut praestetur ipsi frui licere.* Ed i frutti essendo raccolti e divenendo mobili, il diritto del fittaiuolo non tende che ad acquistare dei mobili, e da quel momento non è se non un diritto mobiliare.

Dell' ipoteca sopra d'un usufrutto. Della consolidazione dell' usufrutto alla nuda proprietà solamente ipotecata. Dell' alluvione.

144. L'usufrutto fu in ogni tempo suscettibile d'ipoteca, giacchè a differenza del diritto di godere che ha un fittaiolo, esso è un diritto reale, *jus in re*, e per conseguenza è un diritto immobiliare. Così l'usufrutto è, come l'immobile, suscettibile dell'espropriazione (art. 2204 del Codice civile). Tutto ciò è così vero che il ministro delle finanze e quello della giustizia colle loro istruzioni de' 7 e 22 di marzo 1807, decisero che l'iscrizione non doveva esser presa di officio per la conservazione di un usufrutto riservato dal venditore o dal donatore. Queste istruzioni sono motivate quando l'usufrutto non è un *credito*, ma una proprietà *immobiliare*, *un diritto reale*; e che l'acquirente non può trasmettere a dei terzi alcun diritto che non ha lui stesso. In esse vi si dice, che questo deesi egualmente osservare nel caso di riserva dei diritti *di uso e di abitazione*, in favore del venditore o donante, quantunque questi diritti sieno delle servitù personali ed incapaci di cedersi. Tali istruzioni sono riportate da Sirey, anno 1809, pag. 229, 2.ª parte.

Evvi un' osservazione importante a fare, cioè che quando la nuda proprietà d'un immobile è stata ipotecata in un tempo in cui l'usufrutto apparteneа ad un altro, quando quest'usufrutto, per la morte dell'usufruttuario, o per la cessione da costui fatta al proprietario, si consolida colla proprietà, l'ipoteca, quantunque stabilita soltanto sulla nuda proprietà, pure cade sulla proprietà piena, vale a dire, su quella che era precedentemente la nuda proprietà e l'usufrutto. Tale è la disposizione della legge 18, ff. *de pignorat. act.* §. 1.° *Si nuda proprietas pignori data sit*, *usufructus*, *qui postea adcreverit*, *pignori erit.* Mornac su questa legge, ricorda la massima, *quod accedit pignori*, *pignus est.* Il diritto incorporale immobiliare essendo riunito all' immobile, al quale applicavasi, non resta che una sola cosa, cioè che l'immobile istesso sia esente da qualunque peso.

Succede lo stesso, e per simil ragione, di quanto si unisce e si accresce al fondo ipotecato, per l' effetto dell' alluvione che forma il soggetto dell' art. 556 del Codice civile. *Eadem causa est alluvionis*, dice la legge 18, di sopra citata, dopo avere parlato della consolidazione dell'usufrutto alla

proprietà. Tal'è ancora la disposizione della legge 16, *de pignor. et hypoth. Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione major factus est; totus obligabitur.* Bisogna osservare che l'alluvione profitta all'usufruttuario, come al proprietario, giusta l'art. 596 del Codice civile, ed in conseguenza l'aumento sopravvenuto per l'effetto dell'alluvione entra nell'ipoteca, sotto la quale era l'usufrutto.

Si può elevare la questione di sapere, se l'usufrutto di una proprietà già ipotecata, essendosi una volta con essa consolidato, può o nò il debitore proprietario far rivivere questo usufrutto a vantaggio di un altro, e non lasciare sottoposto all'ipoteca se non la nuda proprietà che eravi gravata. Dobbiamo decidersi per la negativa. La consolidazione dell'usufrutto alla proprietà ha formato di queste due cose un tutto che all'istante è stato sottoposto all'ipoteca: e quest'ipoteca una volta esistente, non può essere distrutta o diminuita pel solo fatto del debitore, in danno del creditore. Il diritto di consolidazione o di riunione, giova tanto all'uno, quanto all'altro analogamente ai loro rispettivi interessi. Non vi è più differenza tra questo caso e quello nel quale la proprietà piena ed intera sarebbe stata ipotecata, quando non vi era alcun diritto di usufrutto stabilito in favore di un altro. L'ipoteca della nuda proprietà ha potuto esser fatta nella prospettiva dell'aumento di sicurezza di questa ipoteca, colla riunione dell'usufrutto. In una parola, l'art. 617 del Codice civile pronunzia l'estinzione dell'usufrutto colla consolidazione, o la riunione sull'istessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario.

Del caso ove colui che ha ipotecato solamente l'usufrutto, diviene in seguito proprietario del fondo.

145. Ma i principj in ordine alla consolidazione dell'usufrutto alla nuda proprietà già ipotecata, non sono i medesimi di quelli co'quali si deve decidere nel caso in cui colui che avesse ipotecato solamente l'usufrutto, divenisse in seguito proprietario del fondo per compra, o altrimenti. Non vi è reciprocità fra il caso della consolidazione dell'usufrutto alla proprietà, e quello della riunione della proprietà nelle mani di colui che ne avesse antecedentemente l'usufrutto; in modo che, se un particolare ha ipotecato soltanto l'usufrutto che gli apparteneva d'un immobile, la riunione che in seguito si fa nella sua persona della proprietà, non farà gravitare su questa proprietà nè l'ipoteca speciale, nè le iscrizioni che colpivano solamente l'usufrutto. E perchè il creditore avesse un'ipoteca sulla proprietà, gli bisognerebbe una speciale ipoteca su questa proprietà, ed una partico-

lare iscrizione in conseguenza di questa ipoteca. Nondimeno non vi sarebbe alcuna precauzione da prendere in questo caso, se si trattasse di un ipoteca legale che di sua natura gravita su tutti i beni presenti e futuri del debitore. Sarebbe lo stesso per un'ipoteca generale, come la giudiciale, quando vi fosse un'iscrizione sopra tutti i beni presenti e futuri che toccassero al debitore nella provincia dell'ufficio della conservazione ove l'iscrizione venne presa.

Semplicizzerò il motivo di questa decisione. L'estensione dell'ipoteca sulla proprietà, all'usufrutto che vi si consolida, prende la sua origine nella natura dell'usufrutto relativamente alla proprietà. L'usufrutto che appartiene ad un terzo sopra una proprietà, e che si viene a cessare, si unisce alla proprietà per una specie di accessione che essendo puramente civile, non esiste meno che s'ella fosse naturale. L'usufrutto, quantunque sia un diritto nella cosa, ed ancorchè sia dichiarato un diritto immobiliare per l'oggetto al quale si applica, non è la cosa istessa. La cosa sussiste sempre, sia che si voglia dell'usufrutto. La riunione di quest'usufrutto alla cosa ne accresce il valore; ma questa cosa esiste sempre, indipendentemente da questo valore, ed essa è sempre una specie di proprietà del tutto differente dall'usufrutto col quale essa non era confusa. L'usufrutto quando si estinse non ha più valore; giacchè questo si accresce alla cosa sottoposta all'usufrutto, e questa coll'addizione del nuovo valore rimane soggetta all'ipoteca dalla quale era gravata. Accade in tal caso ciocchè avviene in quello dell'estinzione di un peso o di una servitù cui l'immobile ipotecato fosse sottoposto: l'ipoteca segue l'immobile ipotecato nel nuovo stato nel quale trovasi sia per effetto degli aumenti sia per effetto delle diminuzioni che sarebbero sopravvenute. La legge 18, *ff. de pign. act.*, di sopra citata, allorchè richiede, che l'usufrutto che s'estingue cada sotto l'ipoteca che gravita sull'immobile ipotecato, ne indica questo motivo: tal motivo è accrescimento dell'usufrutto al fondo; ed essa assimila questo caso con quello dell'alluvione: essa identifica la causa di questi due accrescimenti: *eadem causa est alluvionis.* Ora si comprende bene che accrescendosi l'usufrutto alla proprietà, non si puol conchiudere che si accresca la proprietà all'usufrutto. Non si concepisce dalla riunione se non di quello che prima non esisteva, o che non avea che un'esistenza momentanea su d'una cosa che ha una esistenza permanente.

Che diviene, in questo caso, l'usufrutto ipotecato.

146. In questo caso, l'usufrutto resta come lo era prima che si fosse ipotecato. Se il debitore ricusa, a colui al quale aveva di già ipotecato l'usu-

frutto, un'ipoteca speciale sulla nuda proprietà, che, poi, è rientrata nel suo dominio, o se anche ipoteca specialmente con l'ipoteca ad un altro questa nuda proprietà, è chiaro che l'usufrutto, come per lo innanzi, continua ad essere ipotecato in tutto il tempo della sua durata. Una cosa è l'usufrutto, un'altra è la nuda proprietà: amendue queste cose sono distintissime fino a che l'usufrutto venne separato dalla proprietà. È fuori d'ogni dubbio che il proprietario d'un fondo può validamente costituire un diritto d'usufrutto su questo istesso fondo, con degli atti ordinarj, e non con disposizioni gratuite. Tale è la disposizione precisa della legge 3 ff. *de usufructu* e del §. 1.° del tit. 4 delle Istituzioni, lib. 2. Si può riscontrare ancora Vinnio su questo §. n.° 2. Posto ciò, non si concepisce come quegli che, di semplice usufruttuario che era, diviene in seguito proprietario, non sarebbe obbligato di lasciare l'usufrutto gravato dalla ipoteca la quale avrebbe di già sottoposto il medesimo usufrutto. L'ipoteca resta, qualunque possano essere i cangiamenti avvenuti, finchè questi cangiamenti non derivano dalla volontà del debitore. Questi non può diminuire l'ipoteca che avrà concessa, sia direttamente, sia indirettamente. Ma si vede bene però che un'ipoteca sull'usufrutto non si estende di diritto sulla proprietà gravata dall'usufrutto istesso. Questa ipoteca non potrebbe essere ottenuta che con l'azione per supplemento d'ipoteca, nel caso in cui la legge accorda quest'azione.

Contra l'esposta opinione non si puole opporre l'articolo 617 del Codice civile, nel quale dicesi che l'usufrutto finisce colla consolidazione, o riunione nell'istessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario. In quell'articolo non devesi vedere che una regola generale d'accrescimento dell'usufrutto alla proprietà: ma questa regola è indipendente dal caso nel quale si trattasse di annientare un diritto a un terzo acquistato.

Del cangiamento che provano gli oggetti ipotecati, tanto di proprietà che di usufrutto.

147. La disposizioni dell'art. 546 del Codice civile possono essere utilissime per fissare le idee sul diritto successivo dell'ipoteca, secondo le modificazioni che subisce l'oggetto ipotecato. Ivi è detto che la proprietà di una cosa, sia mobile, sia immobile, dà diritto su tutto ciò che essa produce, e sopra ciò che vi si unisce *accessoriamente*, sia *naturalmente*, sia *artificialmente*. Dovendo l'ipoteca seguire la condizione della cosa ipotecata; giacchè essa è un diritto reale in questa cosa, *jus in re*, deve accessoriamente modificarsi come la cosa istessa si modifica. E se ciocchè si unisce per via di

accessione alla proprietà, resta sottoposto all'ipoteca, come lo era la proprietà istessa, ne è semplicissima la conseguenza, che quello che dalla proprietà distaccasi e cessa di farne parte, cessa del pari di essere sottoposto all'ipoteca.

Così il suolo d'una terra ipotecato, venendo ad essere occupato da fabbriche, queste fabbriche restano ipotecate come il suolo istesso. Se la casa ipotecata è bruciata o distrutta, l'ipoteca resta nonostante sul suolo. La legge 21, ff. *de pig. act.* ne racchiude una disposizione precisa. *Domo pignori data et area ejus tenebitur, et contra jus soli sequetur aedificium.* Le leggi 16, §. 4, e 29, §. 2, ff. *de pign. et hyp.*, si spiegano nell'istesso senso. Se gli alberi di alto fusto di una selva ipotecata, vengono tagliati e separati dal suolo, essi cessano di far parte dell'ipoteca, e prendono un carattere mobiliare; l'ipoteca resta soltanto sul suolo. Si dica lo stesso di tutti gli alberi e frutti qualunque; essi sono sottoposti all'ipoteca fintantochè sono attaccati al suolo; divengono mobili appena che ne sono separati. Ciò non ostante i creditori, in alcuni casi, di cui ho fatto menzione, esercitano la loro azione sul prezzo di essi. I materiali di una casa diroccata, o bruciata, che si era ipotecata e gli alberi svelti da una selva sottoposta benanche ad un' ipoteca, ne sarebbero liberati nel caso in cui servissero per la costruzione di nuovi edifizj sopra d' un altro suolo non ipotecato. In tal caso non deesi considerare tanto la identità della cosa, quanto la disunione e remozione che se n'è fatta, ed il cangiamento di forma che essi subiscono. Queste circostanze formano un'ostacolo assoluto per la continuazione dell'ipoteca. Secondo il diritto romano, come altrove ho detto, i mobili potevano essere ipotecati. Ora, se gli alberi tagliati in una selva ipotecata, fossero stati impiegati per la costruzione di un vascello, pure questo vascello non sarebbe sottoposto all'ipoteca; *quia aliud sit materia aliud navis*, dicea il giureconsulto Cassio nella legge 18, ff. *de pig. act.*

Ma bisogna osservare che relativamente al cangiamento di stato dei luoghi, vi è qualche differenza tra il caso nel quale l'ipoteca fosse stata costituita col proprietario de' fondi, e quello nel quale un'ipoteca fosse stata stabilita all'usufruttuario sul suo usufrutto. L'usufrutto estinguesi quando avvengono certi cambiamenti negli oggetti che ci vivono sottoposti dietro gli art. 623 e 624 del Codice civile. E si comprende che l'ipoteca la quale cade sopra un diritto di usufrutto deve aver lo stesso destino di tale diritto.

Relativamente alla consistenza e conservazione dell'usufrutto, in caso di cambiamento degli oggetti che sonovi sottoposti, è difficile che elevinsi

altre difficoltà diverse da quelle che si provveggono dall'art. 617 § ultimo, e dagli art. 623 e 624 del Codice civile. Frattanto se ne possono presentare delle nuove. Molto mi dilungherei se volessi andarle investigando. Indicherò solo una sorgente dalla quale si potranno attingere molte decisioni all'uopo. Parlo di Lacombe, alla voce *Usufrutto* sez. 6. Questo autore suggerisce i mezzi per decidere un gran numero di questioni su tale oggetto, citando le leggi romane ed una moltitudine di autorità. Al num. 4 egli distingue i casi essenziali che possono stabilire una differenza nelle decisioni. Egli si spiega sulla estinzione dell'usufrutto, sia che avvenga per fatto dell'usufruttuario, sia per effetto di accidenti. A queste autorità, io unisco ciocchè hanno detto Duperrier, tom. 1 pag. 311, Bretonier, tom. 2, pag. 342, e soprattutto quanto dice Mornac sulla legge 10 ff. *quibus mod. usuf. amitt.* Dopo molte precise decisioni esso ci insegna, che l'usufrutto stabilito sopra una casa si estinguerebbe se la casa diroccasse anche nel caso in cui fosse ricostruita da quegli che vi costituì l'usufrutto. Esso dice che in tal caso non sarebbe lo stesso del diritto di abitazione, il quale per altro non è suscettibile d'ipoteca. Ma l'art. 625 del Codice civile dichiara che i diritti di uso e di abitazione si costituiscono e si perdono nella stessa maniera che l'usufrutto. Io osservo che vi è fondato timore di smarrirsi, abbandonandosi alle numerose decisioni del diritto romano su questa materia, parecchie delle quali sarebbero opposte a' nostri usi ed a' nostri costumi. Mornac l'osserva sull'ultimo §. di questa legge 10. Devesi dunque modificare le antiche decisioni con il Codice civile, e non ammettere se non quelle che, essendo giuste in loro medesime, si possono conciliare colla presente nostra legislazione.

Dell' aumento di estensione sopravvenuta agli oggetti ipotecati, e della loro diminuzione.

148. Fin qui mi sono occupato de' semplici cangiamenti sopravvenuti a' fondi ipotecati; astrazion fatta dagli avvenimenti che ne accrescono o ne diminuiscono la estensione: la qual cosa, come vedesi, è ben differente.

Bisogna distinguere gli aumenti, che sono la conseguenza di circostanze indipendenti dalla volontà del debitore i fondi del quale sono ipotecati, da quelli che sono opera di lui.

I primi possono essere l'effetto di alluvioni o di altri accrescimenti, come quelli che sarebbero prodotti con dei trasporti istantanei ed apparenti di terreni, trasportati da un torrente o un fiume, con delle alluvioni, isole, o isolette. Io mi sono spiegato intorno ad un accrescimento prodotto da un'alluvione, propriamente detta, volendo seguire il paragone che ne fa-

ceva una legge romana fra questo caso, e quello dell'accrescimento dell'usufrutto alla proprietà che, sola, sarebbe stata ipotecata. Non entrerò in spiegazioni sugli altri accrescimenti, di cui ho parlato, nè sulle diminuzioni che potrebbero derivare dagli stessi avvenimenti. Non si può dubitare che l'ipoteca, come l'ho già osservato, non si modifica come la proprietà stessa sulla quale è imposta. Il diritto del proprietario, nel caso di cui si tratta, sarà dunque la misura del diritto inerente alla ipoteca.

Ora il diritto di proprietà in questo caso, del quale parecchi scrittori antichi hanno trattato, e ch'è stato altresì il soggetto delle disposizioni di una immensità di leggi romane, viene regolato con la maggior precisione possibile dagli articoli 556 a 564 inclusive del Codice civile. Basta di rinviarci per la soluzione delle difficoltà relative a questa materia.

Io ho veduta elevare la questione di sapere, se, allorchè l'accessorio diviene talmente considerato nel caso di cui si tratta che può riguardarsi come un nuovo fondo, deve questo accessorio considerarsi come colpito dall'ipoteca? La questione fu agitata nel Consiglio di stato, nel discutersi l'art. 2133 *Ved. le Confer. del Cod. civ.*, *tom.* 7, *pag.* 172. Ma nulla fu deciso in proposito; e la questione non è risoluta da verun articolo particolare. Il più sicuro partito a parer mio è quello di regolarsi colla massima, che l'ipoteca segue la modificazione della proprietà ipotecata. E par che questo siasi detto, nel momento della discussione, dal sig. Tronchet, il quale rinviò alle diverse disposizioni del Codice civile, relative a questo oggetto, e che son quelle degli articoli da me già citati. Il modo prodotto dai cangiamenti de'quali si tratta è momentanea ed accidentale. Le cose possono ritornare nello stato primitivo. Lo stato di diminuzione può rimanere; e per tal considerazione è giusto che l'ipoteca, al pari della proprietà, profitti dell'aumento. L'accessorio non deve regolarsi mercè la sua estensione rispetto all'oggetto principale, ma mercè la sua natura, che non varia; talchè non sarebbe prudenza prendere ipoteca sull'accessorio, considerandolo come un nuovo fondo, e colla mira che su questo fondo si dovesse avere un'ipoteca in pregiudizio di quella già acquistata da un altro sul fondo, com'esso era prima che gli si unisse il fondo accessorio.

Quanto agli accrescimenti di estensione che derivano dal fatto del debitore, essi non restano soggetti all'ipoteca se non quando questa è generale. Ma non è però lo stesso allorchè si tratta di un'ipoteca speciale che si restringe sempre sulle cose che le son sottoposte. Così, nel caso di costruzione di una fabbrica riunita ad una casa specialmente ipotecata, la quale costruzione sarebbe fatta sopra di un suolo non ipotecato, è chiaro che questa

Effetto riguardo al creditore, delle diminuzioni sopraggiunte all' oggetto ipotecato.

150. Ma se le diminuzioni sopraggiunte alla cosa ipotecata fossero tali che il valore ne rimanesse considerabilmente scemato, e che essa divenisse insufficiente per la sicurezza dell'ipoteca, allora si aprirebbe in favore del creditore un'azione tendente ad ottenere il rimborso del suo credito, o un supplemento d'ipoteca. Tal'è il risultato dell' art. 2131 del Codice civile.

Sarebbe lo stesso del caso in cui il valore della cosa ipotecata diminuisse per l' effetto delle deteriorazioni che vi fossero state commesse dal debitore, come se si trattasse di viti svelte, di alberi di alto fusto devastati e abbattuti. Tocca al debitore il conservare l' ipoteca in uno stato tale che formi sempre una sufficiente sicurezza del credito, e il diritto del creditore è molto più favorevole quando ha causa dal fatto del debitore, di quel che il sia quando ha causa da avvenimenti indipendenti dalla di lui volontà. Ma in sostanza l'azione è la stessa; e tale esser deve la conseguenza di queste espressioni dell'art. 2131, *fossero periti* o *sofferto* DELLE DETERIORAZIONI.

Delle servitù fondiarie.

151. Le servitù fondiarie debbono naturalmente essere classificate fra le cose che sono immobili per l'oggetto a cui si riferiscono, com'è stato detto nell'art. 526 del Codice civile; ma non per questo sono suscettibili d'ipoteca, poichè l'art. 2118 le esclude dalla possibilità di poter essere ipotecate. Non può, in fatti, una servitù calcolarsi come una proprietà, nel vero senso di questa espressione, poichè, nella definizione che ne dà l'articolo 637, essa è solamente un carico imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un eredità appartenente ad altro proprietario. Si contengono le stesse idee nell'articolo 686. Di là risulta che, quando un particolare ha imposta sul suo fondo una servitù per favore di un altro, se in seguito egli vende o ipoteca lo stesso fondo, non può farlo se non coi carichi già esistenti, mentre niuno può cedere ad altri un diritto maggiore di quello che ha.

Ma supponiamo che la servitù si estingua dopo che il fondo il quale vi era soggetto fosse stato ipotecato, potrebbe il debitore farla in seguito rivivere con pregiudizio dell'ipoteca già acquistata? Io credo doversi stare alla negativa, per quelle medesime ragioni da me già dedotte per istabilire che il debitore non può far rivivere in pregiudizio dell'ipoteca sulla proprietà un usufrutto che vi fosse consolidato.

Delle azioni che tendono a rivendicare l' immobile.

152. In ogni tempo è stato necessario che le azioni immobiliare, cioè quelle tendenti a rivendicare un immobile, fossero distinte dalle azioni meramente mobiliari. Questa differenza di natura e di carattere si presenta da prima per l'oggetto che queste azioni si prefiggono. Era anche massima antica: *Actio tendens ad mobile est mobilis, ad immobile est immobilis.* Questa distinzione era soprattutto importante nell'antica legislazione. Si sà che i nostri Statuti avevano stabilite diverse sorte di eredi sulle quali esse più o meno variavano. I beni proprj, i mobili, gli acquisti, ricadevano a differenti eredi. Vi erano debiti mobiliari e debiti immobiliari che seguivano alcuni di questi beni in esclusione di altri. Si vede dunque che le azioni tendenti a rivendicare un immobile spettavano a colui che avesse avuto, a titolo di successione, l'immobile istesso. Sebbene l' ordine delle successioni sia infinitamente più semplice nell'attuale nostra legislazione, nondimeno è stato necessario distinguere le azioni dirette a rivendicare un immobile da ogni altra azione puramente mobiliare. Questa distinzione era necessaria, sia per determinare il modo di esercitarle alla competenza dei tribunali dove esse devono essere portate, sia perchè molte disposizioni, a titolo gratuito o a titolo oneroso, non possono ricevere un'esatta esecuzione senza la distinzione di quel ch'è veramente mobile, o effetto mobiliare, da quel che non l'è; sia finalmente perchè queste azioni immobiliari sovente influiscono sulla esecuzione degli atti di alienazione, di cui esse talvolta producono la risoluzione, e danno, per conseguenza, luogo ad un sistema legislativo per regolarne gli effetti, come si vedrà in seguito.

Queste azioni, atteso il loro carattere particolare, avrebbero potuto anticamente divenire l'oggetto d'un'ipoteca. Ma avendo l'attuale legislazione introdotti intorno all'ipoteche, principj così diversi, ciò è divenuto impossibile. Queste azioni, per loro natura, non possono servire di fondamento ad un'ipoteca: esse non hanno una situazione fissa, nè formano un corpo determinato: e tutta la nostra legislazione è concepita nel senso che un'ipoteca non può cadere se non sopra un oggetto corporale, o sopra uno dei diritti *reali immobiliari* di cui ho parlato nel numero 140. Non vi sono che gli oggetti di questa natura che indicar si possono in un modo positivo e divenir la materia d'un'iscrizione. D'altronde incerto essendo il risultato di queste azioni, e non determinato che dalla realizzazione e presa di possesso del fondo, alla rivendicazione del quale esse tendono, non possono,

prima di questo avvenimento, esser capaci d'un'ipoteca e d'un'iscrizione; esse non possono esser sottoposte ad incanti e ad aggiudicazioni, che sono accidentalmente necessarie per operare una purgazione d'ipoteca. Non è già che queste azioni non abbiano il carattere d'immobile: ma esse non hanno questo carattere, come si è detto nell'art. 526 del Codice civile, se non per l'oggetto a cui si riferiscono, ciò che le distingue dai mobili ordinarj: esse però sono incorporali, e si esercitano, si conservano, e producono il loro effetto, diversamente da quello che si fa per via delle trasmissioni a titolo d'immobili, le quali dovrebbero essere seguite da tutto quel che richiede la vendita dei beni immobili propriamente detti. Finalmente, combinando quel che abbiamo esposto relativamente all'indicato art. 526, colla disposizione dell'art. 2118, le azioni unicamente tendenti a rivendicare un immobile sono escluse dalla possibilità di essere ipotecate.

Dell'azione di ricupero. Dell'azione di rescissione. Spiegazione dell'articolo 2125 del Codice civile, e delle sue conseguenze.

153. Sicchè un'azione di ricupero, di rescissione di una vendita per causa di lesione, e un'azione per causa di nullità, non sono suscettibili di essere ipotecate. Quella di rescissione per causa di lesione lo è anche meno delle altre due, poichè l'acquirente, contro di cui dovrebbe dirigersi, avrebbe il diritto di redimersene pagando il supplemento del giusto prezzo. Tal'è la disposizione della legge 2 al Codice *de rescind. vendit.*, i cui principj sono stati adottati dall'art. 1681 del Codice civile. Per questa facoltà accordata al compratore, l'esercizio dell'azione rescissoria, non produce necessariamente il possesso dell'immobile. È per questo motivo che un decreto della Corte di cassazione, de' 14 maggio 1816, riferito da Denevers, lo stesso anno, pag. 419, ha giudicato che un'azione rescissoria per causa di lesione in una vendita, non era capace nè di ipoteca, nè d'espropriazione forzata. Ogni diritto che non può formar l'oggetto di una espropriazione forzata, non può, per correlazione, esser capace d'un ipoteca.

Tutti questi principj si confermano coll'art. 2125 del Codice civile. Egli è concepito così: « Quelli che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto in casi determinati, o ad esser rescisso, non possono stipulare, se non un'ipoteca soggetta alle medesime condizioni, o alla stessa rescissione ». È chiaro che il legislatore ha considerato come se fosse in commercio, e quindi come ca-

pace d'ipoteca, e di trasmissione per vendita o altrimenti, un fondo posseduto a titolo di proprietà, quantunque la proprietà fosse risolvibile per causa di un'azione che producesse un tal'effetto. Questa idea conduce all'altra, che il legislatore non ha voluto far cadere l'ipoteca sull'azione risolutiva, ma solamente sul fondo che vi era soggetto, e che egli ha dichiarato che allora l'ipoteca, imposta sul fondo da colui che non ne avesse se non una proprietà risolvibile, seguirebbe la sorte di questa proprietà, in guisa che l'ipoteca si ridurrebbe a quel che la proprietà così ipotecata diverrebbe per effetto dell'azione risolutiva o rescissoria. Questa azione rimane sempre tra le mani di colui al quale essa appartiene, come risorsa non solo per lui, ma ancora pe'suoi creditori: ma essa non può esser messa a profitto con un'ipoteca sopra se stessa. Essa può essere esercitata da colui al quale appartiene; può esserlo da un creditore che la compra: può un creditore, esercitando i diritti del suo debitore, farsi autorizzare dal giudice ad intentarla. Questi mezzi rendono proprietarj coloro che hanno ricorso, di tutti i diritti che l'azione può produrre, qualunque ne sia il risultato. L'ipoteca impressa sull'immobile da colui che lo possedeva sotto una condizione risolutiva o sotto una condizione sospensiva, e il cui evento è incerto, si misura sul diritto che rimane dietro l'esercizio dell'azione, o dopo l'avvenimento.

Non si potrebbe impedire un creditore d'esercitare, come facendo valere i diritti del suo debitore, l'azione di rescissione per lesione, fondandosi sull'art. 1166 del Codice civile che eccettua dei diritti che un creditore può esercitare pel suo debitore, quelli che sono esclusivamente personali. A questo proposito rimando a quel che ho detto al numero 44. pag. 119. e 120.

Importantissime osservazioni restano a farsi per cogliere perfettamente il senso e le conseguenze dell'art. 2125. Sarò più metodico, e mi farò meglio intendere riferendo ciò che intorno alle disposizioni di questo articolo è stato detto dal sig. Tarrible. *Repertorio di giurisprudenza*, alla voce *Ipoteca*, sez. 2, §. 3, art. 3, n°. 5. Questo scrittore prima di tutto ammette il principio pocanzi da me sviluppato, cioè, che le azioni tendenti a rivendicare un immobile, non sono per se stesse suscettibili d'ipoteca: egli dice in seguito che, per ciò che concerne queste azioni, bisogna distinguere quelle che derivano dal diritto assoluto di proprietà, da quelle ch'emanano dal diritto di ricuperare una proprietà alienata. Egli principia con un esempio relativo al primo caso: « Il proprietario di un immobile è stato spogliato con violenza da più di un anno ed un giorno; un erede le-

gittimo, di cui ignoravasi l'esistenza, ricomparisce, e trova i beni della successione nelle mani di un erede più remoto, e incapace di succedere: è chiaro che il proprietario spogliato e questo erede riconosciuto, hanno, ciascuno per la sua parte, un'azione fondata sul puro diritto di proprietà, per rivendicare gl'immobili che loro si appartengono ». In questi casi, l'autore non intende dire che colui al quale appartiene l'azione possa imporre ipoteca sull'azione, considerandola come immobile, poichè egli non cessa di sostenere, e con ragione, che le azioni di tal natura non sono capaci d'ipoteca; che l'ipoteca dee cader sempre sopra un immobile. Egli dunque è stato di avviso, che nelle circostanze in cui trovasi il vero proprietario, può ipotecar l'immobile. Questa conseguenza resulta necessariamente dal modo con cui si esprime. In questi casi, ei dice, l'attore che intenta l'azione, è già proprietario del fondo rivendicato; la sua proprietà è fondata sopra dei titoli che noi suppponiamo incontrastabili. *Egli non chiede all'altro se non il rilascio del fondo, o l'abbandono del semplice possesso.* È impossibile di non adottare, nei casi in questione, l'opinione dello autore. È il proprietario stesso dell'immobile che lo ipoteca.

Soggiungo, che lo stesso può dirsi del caso in cui il vero proprietario di un fondo si fosse lasciato momentaneamente spogliare, per effetto di un'azione possessoria, diretta contro di lui da un individuo che poteva invocare il possesso di un anno ed un giorno. L'esercizio di quest'azione è relativa al solo possesso, e non ferisce la proprietà L'art. 2129 vuole, perchè un'ipoteca speciale sia valida, che sia costituita sopra beni *attualmente appartenenti al debitore*: ma qui si tratta della proprietà; ed una cosa è la *proprietà*, un'altra il *possesso*. Se la proprietà esiste, il possesso, almeno di diritto, non n'è stato giammai separato. Ben si scorge che se mai avvenisse che la proprietà non appartenesse a colui che l'avesse ipotecata, l'ipoteca svanirebbe: ma la possibilità di questo avvenimento non distrugge l'ipoteca in se stessa. Essa conserva tutto il suo vigore, se la proprietà rimane a colui che l'ha ipotecata. Ciò rientra nel principio generale al quale sono sottoposte tutte le ipoteche di qualunque natura. Se la proprietà non è di colui che ha dato ipoteca, per qualunque causa, tutte le ipoteche svaniscono (1).

Il sig. Tarrible discende a parlare dell'azione del venditore leso, ten-

(1) Del resto può vedersi tutto ciò che ho detto sulle questioni di tal natura, al n°. 51. pag. 135 e seg.

dente a far rescindere la vendita; all'azione del venditore col patto di ricupero, tendente ad esercitar il riacquisto. Son queste le azioni designate già dall'autore come quelle, *ch'emanano del diritto di ricuperare una proprietà alienata.* L'autore ammette che, o l'una, o l'altra di queste azioni, non possono da se medesime esser capaci d'ipoteca, sempre giusta il principio generale, che sulle azioni tendenti a rivocare l'alienazione di un fondo, non si possono costituire ipoteche. Ma l'autore ammette anche che colui, al quale appartiene l'azione di rescissione, o quella di ricupero, può ipotecare lo stesso fondo, sul quale queste due azioni possono esser dirette. Egli si fonda sull'art. 2125. Dopo di averne riferita la disposizione, ecco come si esprime.

« Ciò posto ragioniamo così: l'azione in se medesima non è suscettibile d'ipoteca; ma l'immobile che n'è l'oggetto può benissimo esser gravato d'ipoteca da colui al quale l'azione appartiene.

« Diciamo che l'azione in se medesima non è suscettibile d'ipoteca; essa non è che un diritto incorporale, che non è nè può essere un *bene immobiliare*: Più, vi sono de'casi in cui l'azione non produce, in esito, che somme pecuniarie, sulle quali certamente non può mai cadere un'ipoteca. Tal'è l'azione rescissoria per la vendita di un immobile, per causa di lesione oltre i sette dodicesimi, allorchè il compratore si determina, come ne ha il diritto, a supplire il giusto prezzo.

« L'immobile al contrario ch'è l'oggetto dell'azione, è la vera materia suscettibile d'ipoteca. Può essere ipotecato direttamente da colui, al quale l'azione appartiene, salvo le modificazioni che possono risultar dalla natura dell'azione, o dalla sua causa. Il proprietario il cui titolo di proprietà è bene stabilito, e che non dee ricuperarne che il possesso, può costituire un'ipoteca attuale e positiva sul fondo da rivendicarsi, e questa ipoteca non sarà soggetta a veruna condizione. Un fondo venduto col patto di ricupero, o per un prezzo minore dei cinque dodicesimi, può anche venire ipotecato direttamente dal venditore. Ma come la risoluzione della vendita, ed il ritorno della proprietà presso il venditore, son subordinate a diverse condizioni, come sarebbero, l'esercizio dell'azione nel termine prescritto, il preventivo pagamento delle somme ricevute dal venditore, l'esistenza della lesione, l'adesione del compratore alla rescissione del contratto, ed al rilascio dell'immobile, così l'ipotecà costituita dal venditore su questo fondo sarà necessariamente sottoposta alle condizioni medesime ».

Le opinioni del sig. Tarrible io le ho sempre impugnate con ritegno: ma dopo aver molto riflettuto, mi è impossibile di essere del suo parere in questa. Io parto dal principio incontrastabile che per poter ipotecare biso-

gna esser proprietario. Ora il diritto di proprietà del fondo, sulla vendita del quale si può esercitare un'azione di rescissione a causa di lesione, o sul quale si può esercitare un'azione di ricupero, non può considerarsi esser di colui al quale l'una o l'altra di queste due azioni può appartenere.

Colui che si determina ad esercitare un'azione di rescissione per causa di lesione, può mai considerarsi come proprietario del fondo pel quale quest'azione si eserciterebbe? Ecco ciò ch'è impossibile sostenere. Quest'azione, che d'altronde dev'essere esercitata in un termine molto breve, è un'ente di ragione fino a che l'evento non ne assicuri l'ammissibilità. E quando anche fosse ben fondata, essa non tende necessariamente alla proprietà, poichè il compratore può redimersene pagando il supplemento del giusto prezzo; il che allora fa degenerare l'azione in una somma di denaro, la quale non può essere certamente capace d'ipoteca. Quegli dunque, al quale sì fatta azione può appartenere, non è il vero proprietario del fondo; il vero proprietario è quello che l'ha comprato: egli solo può ipotecarlo, salvo la risoluzione dell'ipoteca se vi deve aver luogo.

Deesi considerare diversamente un'azione di ricupero? Io credo di no. La proprietà del fondo venduto col patto di ricupero, risiede solamente presso del compratore. L'art. 2125 lo designa come proprietario, poichè questo articolo vuole che egli possa ipotecare il fondo, e che, seguendo lo spirito della nostra legislazione che si desume in più aritcoli del Codice civile, la facoltà d'ipotecare è annessa essenzialmente alla proprietà. Dietro l'art. 2124, non vi è che quello che può alienare, il quale abbia la capacità di ipotecare. La possibilità di risolvere l'ipoteca non impedisce l'esistenza dell'ipoteca; e non si può sostenere che questa possibilità produca l'effetto di rimettere la facoltà d'ipotecare, in potere di colui al quale appartiene l'azione di ricupero, che esiste per soli cinque anni. Il proprietario del fondo soggetto al ricupero, è proprietario per modo che può venderlo, che il suo acquirente può sottoporre la compra alla trascrizione, e prendere tutte le misure richieste dalla legge per liberare il fondo dalle ipoteche, salvo l'effetto dell'azione di ricupero che potrebbesi esercitare. Non si sa comprendere come il diritto di proprietà di un fondo, considerato in se medesimo integralmente, possa appartenere a più persone. Il titolo della proprietà dev'essere fissato o in testa di nno, o di altro. Il contrario è impossibile; eppure nel sistema che io sto impugnando questo bisognerebbe ammettersi.

L'errore nel quale credo che sia caduto il signor Tarrible, deriva dal doppio senso che egli dà all'art. 2125. Egli suppone che questo articolo attribuisca due facoltà d'ipotecare l'immobile; l'una a colui che può eser-

citare l'azione rescissoria o quella di ricupero; e l'altra al proprietario, cioè, a colui che ha comprato l'immobile soggetto a queste due azioni. Egli ammette che, siccome le ipoteche stipulate dal compratore sono subordinate all'effetto che potrebbero avere le azioni rescissorie e di ricupero, così ancora le ipoteche imposte sul fondo venduto da colui che potrebbe vantare l'azione rescissoria o quella di ricupero, sussisteranno, malgrado che il loro effetto dipendesse dal risultato di queste due medesime azioni.

Ma è impossibile adottare questa interpetrazione. Riferiamo i termini dell'articolo. « Quelli che non hanno sull'immobile che un diritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto in casi determinati, o ad essere rescisso, non possono stipulare se non un'ipoteca soggetta alle medesime condizioni, o alla stessa rescissione ». Per poco che taluno penetrar si voglia di questa disposizione dell'articolo, resterà convinto che il legislatore ha ammessa una sola facoltà d'ipotecare, e che al solo compratore del fondo questa facoltà è stata attribuita; talchè il venditore n'è escluso. Il legislatore concentra la facoltà d'ipotecare in un solo individuo. Chi è egli? è colui che ha comprato il fondo. Non importa la modificazione del diritto di proprietà, e quindi dell'ipoteca, che può in seguito derivare, per effetto delle circostanze indicate nell'articolo. Queste espressioni, *sospeso da una condizione*, o *risolvibile in certi casi o soggetto alla rescissione*, riferisconsi al diritto sull'immobile; e, secondo l'idea del legislatore, è impossibile che questo diritto sul fondo non sia stato applicato a colui che è il compratore del fondo medesimo, sotto queste condizioni. La proprietà è altra cosa che le azioni che possono accidentalmente modificarla.

Si valutino altresì queste parole, *sospeso da una condizione*. Suppongouo esse il caso in cui una persona avesse una proprietà, ma nel tempo medesimo anche il caso in cui questa proprietà dovesse cessare e passare ad un altra persona; il che avverrebbe, per esempio, se questa persona sopravvivesse a colui al quale la proprietà fosse stata da prima assicurata. Ora, in tale occasione si potrebbe dire che, la persona la quale, per un'avvenimento potrebbe avere l'immobile che, senza questo avvenimento dee definitivamente rimanere nel dominio di colui al quale è stato dato, fosse nel diritto di costituirvi sopra un'ipoteca? Eppure, nel sistema del signor Tarrible, bisognerebbe giungere a questo; e questo è quello ch'io credo che non possa essere ammesso. Certamente, se si avvera la condizione che revoca la proprietà, le ipoteche costituite sul fondo da colui che n'è l'attuale proprietario, non potranno nuocere a colui in favore del quale la condizione è stata imposta. Iu tale ipotesi però la facoltà d'ipotecare viene attribuita all'attuale

proprietario, il cui diritto è sottoposto alla condizione sospensiva. Si riferiscono a lui l'espressioni, *sospeso da una condizione*; e non già a chi può avere la proprietà accidentalmente, e in un caso previsto. Non è questo ultimo che possiede il fondo *con una condizione sospensiva*; e la legge non accorda la facoltà d'ipotecare se non a colui che si trova in tale posizione. La proprietà che, avverandosi la condizione, ricaderebbe alla persona chiamata eventualmente a raccoglierla, può benissimo essere gravata dalle sue ipoteche personali, se esse fossero legali o giudiciali, perchè queste ipoteche gravitano, per loro natura, su tutti i beni presenti e futuri; ma prima dell'avvenimento, questa istessa persona non può ipotecare specialmente la proprietà, perchè per costituire questa ipoteca, è necessario essere *attualmente* proprietario, dice l'art. 2129, salvo la risoluzione che può operare l'avvenimento, giusta l'art. 2125.

Nondimeno, l'ipoteca speciale potrebbe aver luogo sul fondo che per effetto dell'avvenimento ricaderebbe a colui che sarebbe chiamato condizionalmente a raccoglierla, se vi fosse un ipoteca costituita ne' termini e colle condizioni volute dall'articolo 2130 del Codice civile. Ma ivi si vede che tale ipoteca rimonta ad altri principj, e che in questo non avvi cosa alcuna di contraddittorio alla opinione da me avanzata. Ciò che esclude ogni idea di contraddizione è che, in quest'ultimo caso, dovrebbe essere presa iscrizione, al momento che i beni spetterebbero eventualmente a colui che avrebbe stipulata l'ipoteca. Si vegga quel che ho detto su tale oggetto nel num. 62. pag. 171, e 172.

Ritornando all'ipoteca che può costituire colui al quale l'immobile fu venduto con patto di ricupero, si rileva che sopra questo immobile può presentarsi un duplice concorso di creditori ipotecarj. Vi possono essere dei creditori, a' quali il proprietario del fondo venduto avesse consentito delle ipoteche pria di farne la vendita, e dei creditori a' quali il compratore sottoposto alle condizioni ed avvenimenti enunciati nell'art. 2125, lo diede in ipoteca dopo alla compra fattane. È chiaro che ivi le difficoltà si moltiplicano sopra i vicendevoli diritti e sopra i diversi pagamenti che debbono essere fatti. Non potendo questo concorso avvenire che raramente stimo potermi esentare dall'entrare in dettaglio. Su di ciò possono servire di norma i principj generali. Pel dipiù, io rinvio a quanto fu detto sull'assunto del sig. Tarrible, *loco citato*, ed inoltre alla voce, *Privilegio di credito* sez. 4, §. 5, n.° 5. Ciò non ostante deggio osservare che il sig. Tarrible, in quanto a colui che ha venduto, suppone due specie di creditori ipotecarj sul fondo, cioè, quelli a' quali egli ha dato dell'ipoteche prima di venderlo, e quelli ai

quali l'ha date dopo di averlo venduto. Questo era analogo al suo sistema; ma poichè, dopo quanto è stato da me detto, stimo che le ipoteche concesse dietro vendita sono nulle, quindi io non debbo ammettere che il concorso di due sole specie di creditori. Questi creditori sono quelli che hanno ottenuta ipoteca dal venditore pria della vendita, e quelli che l'hanno ottenuta dal compratore dopo la sua compra: io perciò credo di doversi escludere dal concorso i creditori ipotecarj del venditore, posteriori alla vendita che egli ha fatto.

Da quanto si è detto ne viene in conseguenza, che il primo è 'l più sicuro mezzo de' creditori di un debitore al quale fosse dovuta un' azione rescissoria o di ricupero, è d'esercitare queste azioni istesse, o come cessionario del debitore, o in nome di quest' ultimo.

Fragilità di un' ipoteca stabilita su d' un immobile sottoposto alla facoltà di ricupero. Precauzione da prendere in questo caso.

154. Ben si vede quanto sia fragile un'ipoteca data su di un fondo acquistato dal debitore col patto di ricupero. Difatti il venditore che si riserba tal facoltà, può esercitarla in ogni momento, sia giudicialmente, sia di accordo col compratore. Egli può concedere a quest' ultimo il valore che formava il prezzo della vendita, e bonificargli tutte quelle somme, il cui rimborso è una condizione dell' esercizio di tale facoltà. Tutto questo si puol fare senza sentire il creditore ipotecario del compratore, giacchè niente vi è che possa obbligare il venditore, che eseguisce le clausole del contratto di vendita, e che deve praticarle soltanto verso del compratore, onde dare conoscenza del pagamento al creditore ipotecario di quest'ultimo. Ed, in tal caso, l'ipoteca diverrà senza fondamento, e segue il destino della vendita.

Il creditore pretenderebbe egli che il venditore depositasse ciò che deve in seguito dell' esercizio della facoltà di recupero? Ciò sarebbe in vano perchè niuna legge ve l' obbliga. La iscrizione, ch' egli può d' altronde non conoscere, non lo lega in modo alcuno. Non vi è che un solo rimedio a questo inconveniente, cioè, che sul momento in cui contrae l' obbligazione colla costituzione d' ipoteca, il creditore deve darne conoscenza al venditore, e deve col medesimo atto fare opposizione, onde il venditore istesso non pagasse, in caso di ricompra, il prezzo della vendita al compratore, in danno dei creditori. L' opposizione dovrebbe contenere del pari un sequestro delle somme il cui rimborso sarebbe dovuto al compratore.

Bisogna anche osservare che, onde questa misura riesca del tutto favorevole al creditore, dovrebbe questi essere solo; giacchè se altri creditori vi

fossero che fatto avessero simile opposizione e sequestro, presso il venditore, vi resterebbe soltanto il caso di formarsi un contributo delle somme sequestrate. I creditori sequestrati, ipotecarj, non potrebbero reclamare che tali somme fossero divise secondo l' ordine delle ipoteche. Si tratterebbe di cose mobili che non danno luogo a preferenza secondo il grado delle iscrizioni. Non si potrebbe fare eccezione alla regola, ancorchè queste somme giungessero al valore di un immobile: non vi è alcuna legge che in tal caso autorizzi un' eccezione. L' ipoteca speciale non può colpire che un immobile ed un immobile certo.

L'azione rescissoria porta seco l' estinzione delle ipoteche? Il creditore ipotecario può egli, per conservare la sua ipoteca, rimborsare il supplemento del giusto prezzo, a spese dell'acquirente sottoposto all'azione rescissoria?

155. Si è posto in dubbio se l'esercizio dell'azione rescissoria a causa di lesione, che fa passare il fondo venduto in potere del venditore, importerebbe l' estinzione delle ipoteche dal compratore concesse sul fondo. Pothier, *Introd. al tit.* 20 *dello Stat. d'Orl.* num. 57, perfettamente stabilisce l'affermativa. Egli dimostra che la opinione di Baldo debba prevalere su quella di Bartolo, che aveva sostenuto la negativa. Pothier, in tal caso, si fonda sul principio che il diritto del compratore si risolve *ex causa antiqua et necessaria*, senza che vi sia niente del suo fatto. Il compratore ha il diritto di ritenere il fondo pagando il supplimento del giusto prezzo: ma, dice Pothier, non è un vero potere di ritenerlo, l'essere obbligato a comprarlo a più caro prezzo di quello che voleasi comprare. Basnage, *Trattato dell' ipoteche* cap. 7, aveva deciso la questione nell'istessa guisa. Perlochè accade in tal caso come in quello in cui il venditore riprende il fondo venduto, esercitando il patto di ricupero, ch'egli lo riprende esente da tutti i pesi e le ipoteche de'quali avrebbe potuto gravarlo l'acquirente. *Art.* 1673 *del Codice civile.*

Ciò non ostante io sono di parere che il creditore, a cui il compratore soggetto ad un'azione rescissoria ha ipotecato il fondo, dev'essere nella facoltà, onde conservare la sua ipoteca, ed esercitare i diritti del suo debitore, di redimere il fondo ipotecato coll' azione rescissoria, offrendo il supplimento del giusto prezzo, e deve avere il suo ricorso contra il suo debitore per ottenere la restituzione di questo supplimento. È questo un argomento della disposizione dell'art. 1681 del Codice, il quale accorda questi

due diritti al terzo possessore del fondo pel quale l'azione rescissoria viene esercitata. Io mi attengo del pari alla differenza che passa tra i principj attuali e gli antichi, in ordine all'ipoteca. La specialità della ipoteca, al presente necessaria, restringe l'ipoteca facendola gravitare sul fondo ipotecato, ed escludendone tutti gli altri fondi del debitore, che a tenore degli antichi principj erano del pari sottoposti all'ipoteca, giacchè allora questa era generale. Da ciò ne deriva che colui il quale ha costituita questa ipoteca, è più particolarmente tenuto, onde mantenere la buona fede del contratto, di accordare al suo creditore ogni mezzo possibile affin di conservare il fondo ipotecato, che forma l'unico suo pegno. D'altronde il compratore che ha ipotecato, regolarmente non può esserne la vittima per aver pagato quegli acquisti a giusto prezzo. Si concepisce bene che il creditore il quale paga il supplimento, a prescindere dalla sua ipoteca sul fondo, acquista del pari sul fondo istesso il privilegio del venditore per la parte del prezzo della vendita da lui pagata.

Di tutti gli altri diritti che operano la rivendicazione dell' oggetto ipatecato.

156. I principj poco fa esposti s'applicano egualmente per tutti gli altri diritti ed azioni che hanno per oggetto di rivendicare la proprietà di un fondo ipotecato. Intendo parlare del caso in cui la rivendicazione accade per un avvenimento dipendente da una condizione, o espressa, o tacita e legale; come se i beni ipotecati fossero provenuti da disposizioni fatte a titolo gratuito. Ben si vede che la proprietà potrebbe essere rivocata, o per effetto di un ritorno convenzionale o legale, o per sopravvenienza di figli, o per causa d'ingratitudine. L'art. 2125 del Codice civile applicasi perfettamente a questi casi, come a quelli da me indicati. Il Codice civile regola, in un modo preciso, le condizioni colle quali la proprietà può essere rivocata, a tenore della natura delle cause che vi danno luogo. Vi sono dei casi nei quali la rivoca si opera senza peso alcuno: e ve ne sono degli altri in cui non può tener luogo che sotto la condizione di certi pagamenti. Mi allontanerei dal mio soggetto se intorno a ciò entrassi in minute particolarità. Mi basterà rinviare a' principj da me sviluppati, nel *Trattato delle donazioni e dei testamenti, nel* tomo 1., 2. edizione agli articoli 954, 958 e 964, che hanno per oggetto la rivoca delle donazioni, per sopravvenienza di figli, per causa d'ingratitudine, o per inesecuzione delle condizioni sotto le quali la disposizione fu fatta. Rimando

egualmente a quanto fu da me detto nello stesso trattato sul ritorno convenzionale. Per quel che riguarda il ritorno legale a titolo di successione, si può vedere ciò che ne ha detto il sig. Chabot (de l'Allier) sull'art. 747, *del titolo delle successioni.* Basnage, nel *Trattato dell'ipoteche* cap. 7, e D'Héricourt *della vendita degl'immobili* cap. 11, sez. 2, n.° 10, avevano trattato la stessa materia; ma le decisioni, da essi date, sono modificate a tenore de'principj stabiliti dal Codice civile.

Un diritto d'ipoteca non è più suscettibile d'ipoteca per se stesso. Della contribuzione subalterna.

157. Seguendo gli antichi principj, tanto diversi dai presenti, il diritto d'ipoteca era egualmente capace d'ipoteca. *Pignus pignori dari potest.* Ecco quanto dice Pothier in seguito della legge 1. al Codice *si pign. pign.*, *Introduz. al titolo 20 dello Statuto d'Orléans e al Trattato dell'ipoteche* cap. 1 sez. 2, §. 1. Un tal principio non può più ammettersi nella nostra legislazione. Non si saprebbe tanto facilmente concepire, come ciò ch'era puramente ipoteca potesse divenir materia di una nuova ipoteca; e forse la legge che ho citata non si applica alla prima parte, che nel caso in cui un debitore avesse data una cosa in pegno al suo creditore, e questi avesse data in pegno la cosa istessa ad un altro di cui era debitore. Comunque sia, fa uopo attenersi allo sviluppo che Pothier dà alla sua proposizione. Questo sviluppo conduce alla spiegazione delle regole del *sott'ordine*, e ad una decisione che al presente, non potrebbe adottarsi, quantunque giusta secondo i principj del suo tempo.

Pothier dice: « Ancorchè i crediti mobiliari che rappresento contra i terzi, non sieno per se stessi suscettibili d'ipoteca in favore dei' miei creditori, pure il diritto d'ipoteca che io vanto sugl'immobili del mio debitore, per ragione di uno di questi crediti, è ipotecato a'miei creditori, a'quali ho obbligati tutti i miei beni: quindi se alcuno di questi immobili sarà stato giudicialmente venduto, io sarò collocato per ordine d'ipoteca, sul prezzo, pel mio credito mobiliare, i miei creditori ipotecarj, i quali avranno fatta *opposizione in sott'ordine* (o subalterna) si prenderanno, *secondo l'ordine delle loro ipoteche*, la somma per la quale io era stato collocato. » Egli assegna con qualche estensione le ragioni di questa decisione. *Introduz. al tit.* 21 n. 142. Per essere breve le riduco alle seguenti: un diritto d'ipoteca che un creditore rappresenta su i beni del suo creditore pignorato, essendo un diritto sopra i fondi, ed in con-

seguenza immobiliari è esso ipotecato ai diritti d'ipoteca de' suoi proprj creditori, seguendo, secondo Pothier, la regola: *pignus pignori dari potest.* L'autore da tutto questo ne conchiude, che quando i creditori di colui che aveva un diritto d'ipoteca verso il suo debitore, formavano un opposizione subalterna pria della sentenza di aggiudicazione, eglino pignoravano realmente il diritto d'ipoteca, ipotecato al creditore loro debitore; e da questa prima conseguenza ne segue l'altra, cioè, che l'effetto di tale pignorazione è quello di accordare a questi creditori il diritto di ricevere, in luogo del loro personale debitore, la somma per la quale questi sarebbe stato collocato sopra i beni pignorati, ciascuno in ragione del grado della sua ipoteca ch'egli aveva, sopra il diritto ipotecario del loro debitore, del qual diritto se ne fissa il suo valore, mediante questa collocazione.

Ecco i principj che regolavano anticamente le opposizioni subalterne. Ma tali principj non possono più al presente seguirsi dopo la disposizione dell'art. 778 del Codice di procedura civile, ove dicesi. « Ogni creditore avrà la facoltà di farsi iscrivere, ad oggetto di conservare i diritti del suo debitore: ma, prima della sentenza di graduatoria, la somma della collocazione del debitore sarà distribuito *come cosa mobile* fra tutti i creditori iscritti o opponenti ». In tal caso dunque non vi è che una distribuzione per contributo, e non per ordine d'ipoteca come soleasi anticamente praticare. La ragione di un tal cangiamento tende al principio attuale, cioè, che non vi è più ipoteca su d'un'altra ipoteca, di più che sulle altre azioni puramente immobiliari. La distribuzione seguendone l'ordine d'ipoteca del prezzo dell'immobile, non può essere che il resultato dell'ipoteca con l'iscrizione sul fondo. I creditori, secondo l'art. 778, venendo al contributo, come creditori non ipotecarj, esercitano soltanto un diritto su d'una cosa mobiliare del loro debitore, e che stimasi pignorata da essi in forza della loro iscrizione subalterna.

Dei diritti successivi. Osservazioni sulla trascrizione delle vendite che ne sono fatte. Spiegazione dell'art. 2205 del Codice civile. Della fissazione dell'ipoteca del creditore d'un coerede degli immobili che formano il suo lotto.

158. Non debbonsi però confondere i diritti di successione con le azioni il di cui oggetto è la rivendicazione degl'immobili, che dopo quello che fu detto, non sarebbero suscettibili d'ipoteca. I diritti di successione sono

oggetti corporali, immobiliari, giacchè il loro risultato è la trasmissione degl'immobili, che compongono una successione. Per verità essa può egualmente essere composta di mobili: ma non evvi che una liquidazione a fare, onde si possa conoscere se vi sono de' mobili, e ciò che tali beni possono essere in paragone degl'immobili che ne dipendono. Ora, fino a questa liquidazione, nulla impedisce la trascrizione del contratto di vendita dei diritti di successione, e quant' altro occorre, onde pervenire alla purgazione delle ipoteche. Ciò che ha luogo nella caso della vendita d'un'intera successione, deve del pari essere in quello della vendita o cessione fatta da un coerede de' suoi diritti, o di una determinata quota di una eredità; i motivi sono gli stessi. Ma su tal proposito vi è da fare delle osservazioni importanti.

In primo luogo, l'acquirente di una eredità, quando non vi è convezione contraria nel titolo traslativo diviene personalmente obbligato dal pagamento dei debiti dell'eredità, ancorchè l'obbligo di pagarli resta a carico del venditore o cedente. Ora, repugna al principio che quello il quale è personalmente obbligato a pagar i debiti pei quali i fondi ne sono soggetti, possa poi sottrarsi a tale obbligazione personale, col far trascrivere il suo contratto, e praticando quanto dee in seguito farsi ne' casi ordinarj. Non possono essere purgati che i debiti ipotecarj pe'quali non vi è personale obbligazione, i quali cadono unicamente sulla cosa, e che non possono essere seguitati nelle mani di un terzo, se non per effetto della detenzione.

Frattanto si vede essere nell'ordine delle cose che il terzo acquirente possa almeno purgare, per virtù della trascrizione, i debiti ipotecarj che erano personali al suo venditore o cedente. Egli vi rappresenta un visibile interesse, nè vi è con ciò alcun fatto proprio. Può inoltre dirsi aver egli un diritto, ed essere per lui di molta importanza il purgar le antiche ipoteche, che gravitano sulla successione venduta dagli antichi proprietarj, anteriori al venditore, per le quali quest'ultimo non sarebbe stato personalmente tenuto, e la di cui obbligazione non sarebbe stata da lui rovesciata sopra il compratore o cessonario. In quanto all'erede che vende soltanto la sua porzione personale di una successione, si può applicarli, per quel che concerne la sua porzione, quanto fu da me detto per la vendita dell'intera successione; e, di più, si potrebbe dire che bisogna distinguere l'obbligazione personale congiunta alla sua qualità di erede, dalla obbligazione ipotecaria, per effetto della quale si potrebbe, a motivo della sua indivisibilità, dimandargli più di quello a cui sarebbe semplicemente

tenuto per la sua quota personale, e che per una tale eccedenza la trascrizione dovrebbe garantire colui che trascrive.

In secondo luogo, relativamente alla determinazione dell'effetto che deve avere la cessione della sola porzione di un coerede, è essenziale osservare, che le ipoteche de'creditori di ciascuno de'coeredi si limitano alle sole cose che cadono nel lotto del loro debitore, e che sono suscettibili d'ipoteca; ch'esse svaniscono, e si estinguono interamente, quando nel lotto del loro debitore sono ricaduti dei soli beni mobili non suscettibili d'ipoteca; e per conseguenza ciascuno de'coeredi non è punto obbligato verso le ipoteche de' creditori de'suoi coeredi, salvo nella divisione l'intervento de'creditori di un coerede, onde conservare i loro diritti, impedendo che non si facciano cadere nella quota del loro debitore non altro che cose mobili, che non possono essere ipotecate. Nel mio *Trattato delle donazioni*, tom. 2, pag. 242 e seg. ho sviluppati gli antichi principj su tale questione, e che hanno preparato la disposizione dell'art. 883 del Codice civile. Mi contento di rinviare nell'indicato luogo ond' essere qui laconico.

Veggo che sarebbe lo stesso in caso di un incanto. Questo caso viene dall'art. 883 assimilato a quello della divisione; ma io credo che un tale articolo debba applicarsi al caso dell'incanto giudiciale, quando uno dei coeredi si rende aggiudicatario: mentre se la vendita all'incanto si fa ad un estraneo, allora non è più una divisione tra coeredi, ma una vendita fatta da ciascuno erede, della sua parte indivisa nella massa dell'eredità, e, in conseguenza, i creditori di ciascuno erede possono sperimentare i loro diritti ipotecarj sopra il prezzo della vendita, fino alla concorrenza di quanto spetta al loro debitore. È questo ciò che con molto giudizio osserva il signor Chabot (DE L'ALLIER), nel suo Commentario sull'art. 882 num. 5, e sull'art. 883, num. 3 del Codice civile. Sicchè, nell'opera da me indicata, io ragionava su di un incanto giudiciale che avea avuto luogo fra una sorella ed un fratello che s'era reso aggiudicatario; e se ho citate autorità uniformi per altri casi, si vedrà averlo io fatto con una grande ripugnanza.

Ma qui bisogna fare una riflessione importante, che è una conseguenza di quanto ho detto. Può avvenire che un coerede il quale gode tutta la eredità prima della divisione, oppure che ne gode una porzione ma sempre prima della divisione, ipotechi, anche con ispecialità, un fondo ereditario riguardandolo come suo, o come un fondo che dovrà ricadere nel suo lotto all'epoca della divisione; se questo fondo non entra nel suo lotto, per effetto della divisione, in questo caso l'ipoteca emessa è assolutamente di niun vigore: e non si può trasferire, di diritto, sugli altri fondi che spet-

teranno a questo coerede in seguito della divisione. La ragione è assai semplice. Non evvi altra ipoteca se non quella specialmente data sugl'immobili, ed, in conseguenza dell'art. 2166 del Codice civile, non si può perseguitare colla via ipotecaria, in qualunque mano faccia passaggio, se non l'immobile sul quale è costituito il *privilegio*, e *l'ipoteca iscritta.* Lo sarebbe soltanto nel caso di un'ipoteca legale o giudiciale, la quale abbraccerebbe tutti i beni del coerede debitore, e che tutti i fondi i quali gli pervenissero colla divisione resterebbero ipotecati.

Non è cosa inutile fare una osservazione sopra un diritto che avrebbe l'acquirente della porzione de' diritti di successione di un coerede, nel caso che un creditore volesse procedere alla espropriazione della porzione di uno o più degli altri coeredi. È detto, nell'art. 2204 del Codice civile, che il creditore può domandare l'espropriazione degli immobili del suo debitore, e di un diritto di usufrutto a lui spettante. Ma l'art. 2205 apporta una modificazione a questa regola generale nei seguenti termini: « Nondimeno, la parte indivisa di un coerede negl'immobili di una eredità, non può essere posta in vendita dai suoi creditori particolari, prima della divisione, o dell'incanto che questi possono domandare, se lo giudicano conveniente, o nei qualli hanno diritto d'intervenire, in conformità dell'art. 882 del titolo *delle successioni* ». Il senso di questo articolo ha qualche volta suscitato dell'imbarazzo. La sua disposizione è ella applicabile al creditore della eredità, come a quello di uno degli eredi soltanto? Si vede che, dietro i principj di giustizia, tal disposizione non potrebbe avere per oggetto, che il creditore personale d'uno degli eredi, e non di quello della eredità; in modo tale, che è nel solo caso della espropriazione per parte di un creditore personale di uno degli eredi, che la divisione può essere antecedentemente chiesta, onde determinare la di lui porzione nei beni non ancora divisi, e che tal facoltà cessa tosto che l'espropriazione vien fatta da un creditore della eredità. Allora tutti i beni della successione sono egualmente affetti al credito che dà luogo all'espropriazione: tutti gli eredi sono del pari debitori, e la divisione o l'incanto sono operazioni estranee all'esercizio del diritto del creditore. In tal modo venne, con ragione, giudicato da una decisione della Corte di appello di Bruselles, de' 4 marzo 1810, riportata da Denevers an. 1811, pag. 181, del supp. L'autore della raccolta ha citato due decisioni del tutto simili emanate dalla Corte reale di Parigi, il 1.° giugno 1807, e il 10 maggio 1810. Si concepisce bene che il cessionario può reclamare lo stesso diritto che avrebbe quello fra gli eredi da lui rappresentato, in caso dell'espropriazione della porzione toccata in sorte ad un altro coerede per parte di un

creditore personale di quest' ultimo. Io credo che i creditori del coerede, il quale sarebbe nel caso di reclamare prealabilmente la divisione delle cose non ancora divise, potrebbero sperimentare lo stesso diritto, giusta la massima *creditor in universum jus debitoris succedit.*

Si potrebbe agitare la questione, di sapere se quanto ho detto, pel caso della porzione indivisa di un coerede in una eredità, dovrebbe egualmente essere osservato, se si trattasse della porzione di un condomino in una cosa semplicemente indivisa fra lui e i suoi altri condomini, senza che vi fosse controversia di successione.

Ghewiet nelle sue Instituzioni del diritto belgico, part. 2, tit. 5, art. 16, insegna il principio da me fissato in caso di un'ipoteca costituita sui beni di una eredità: egli dice che in tal caso l'ipoteca passa sulla porzione toccata in sorte, in virtù della divisione, al coerede debitore che ha concessa l'ipoteca, purchè tal divisione siasi fatta secondo la legge, e senza frode. Egli si fonda su d'una decisione del parlamento di Fiandra del 1678, che decise in tal modo. Ma nell'articolo precedente egli dice l'opposto, per il caso di un'ipoteca costituita sopra un fondo semplicente posseduto è non diviso. Egli decide che l'ipoteca in tal caso, non si trasferisce sulla porzione di colui che l'ha stipulata, in modo che non si può dire che tutte le altre porzioni fossero restate libere. Il medesimo scrittore fonda tale distinzione sopra una giurisprudenza introdotta dall' istesso parlamento di Fiandra, ed inoltre sulla disposizione della legge 7, §. ultimo ff. *quib. modis pign. vel hypoth. solvit.*, che in effetto è precisa.

Ma questa distinzione sembra che non siasi mai seguita dalla giurisprudenza francese. Secondo la legge qui sopra riportata, ed altre del diritto romano, l'ipoteca stipulata da un coerede come da un semplice comproprietario indiviso, indipendentemente da qualunque idea di successione, si dovrebbe estendere sopra qualunque parte della cosa indivisa o della eredità, in proporzione a quel che sarebbe spettato al condividente, o al coerede che aveva costituita l'ipoteca. Ma in Francia si credè doversi allontanare dalla disposizione di queste leggi romane, per evitare così gl'inconvenienti, a'quali esse danno luogo. Questo è quanto Domat ha con molta perfezione dimostrato, nelle sue *Leggi civili*, lib. 3, tit. 1, sez. 1, n. 15, ed in una nota abbastanza giudiziosa che in seguito vi si legge. Egli stabilisce la questione nel caso del fondo comune ed indiviso tra due o più persone, come tra dei socj, così che per il caso di una eredità non ancora divisa fra dei coeredi. Basnage che spiegasi assai bene nello stesso senso di Domat su quest'oggetto istesso, cap. 4, n. 2, non ha posto alcuna differenza tra una eredità

indivisa, ed ogni altra cosa indivisa tra comproprietarj, indipendentemente dalla qualità di eredi. L'ingiustizia di fare che l'ipoteca convenuta da uno dei coeredi ricada su tutte le porzioni della successione, ciocchè abbastanza aggraverebbe la condizione de'coeredi, è la medesima per la non divisione, eccetto il caso dell'eredità. Basnage parla ancora de' *coeredi o socj*. Ciò che ne sia, io non insisto su quanto riguarda le conseguenze dell'art. 2205 del Codice civile. Esse concernono l'espropriazione che non è propriamente la materia di cui mi occupo al presente. Su di ciò io rinvio alle note del sig. Paillet in ordine a questo articolo: esse sono atte per facilitarne l'intelligenza e l'applicazione.

Dell'effetto dell'ipoteca di cui è gravata la porzione d'un coerede, in una successione non divisa, allorchè deve i frutti ai suoi coeredi.

159. Da ciò che si è detto si deduce, che la divisione determina l'ipoteca dei debiti passivi personali di ciascuno degli eredi, sopra la di loro porzione, giacchè la divisione ha un effetto retroattivo all'apertura della successione; questa resulta ancora dalla regola il *morto impossessa il vivo*. Ma tale determinazione dell'ipoteca è causa di grave riflessione per parte dei coeredi, nel caso in cui il loro coerede, la cui porzione dei beni indivisi è stata colpita d'ipoteca, gode, o di tutti i beni, o di una parte maggiore della sua porzione. In tal caso egli contrae, in faccia ai suoi coeredi, l'obbligo di restituirli le loro porzioni rispettive de' frutti percepiti, a principiare dalla cominciata percezione. Quando in seguito si viene alla divisione, il coerede che ha goduto questi frutti, può, senza dubbio, pagare in contante l'ammontare di quanto deve: ma allorchè egli è privo di contante onde effettuare questa liberazione, i suoi coeredi prendono dei beni immobili della eredità, che avrebbero dovuto far parte della di lui porzione, fino alla concorrenza delle somme ch' egli deve. Non potendo conferire, o, per meglio dire, pagare, egli prenderà tanto di meno. Ma se i coeredi trovano il loro vantaggio in questa operazione, è pur chiaro che i creditori del coerede debitore dei frutti, e che li soddisfa in questo modo, possono perderci. Il fondo gravato da ipoteche farebbe quindi passaggio in potere de'coeredi che non possono, sotto tal riguardo, venire in altro modo che nella qualità di creditori, e le ipoteche imposte sulla porzione del coerede soffrirebbero necessariamente una diminuzione: esse potrebbero ancora sparire del tutto secondo l'ammontare della restituzione dei frutti dovuti dal coerede gravato di tali ipoteche. Questa operazione può

ella sempremai farsi in danno de'creditori ipotecarj del debitore che dovrebbe i frutti? Tal questione, come si vede, merita di essere esaminata.

Il punto essenziale è di formarsi idee precise sopra la natura del diritto che hanno i coeredi contra quello, fra essi, che è debitore de'frutti. Ora, sotto qualunque punto si consideri questo diritto, si riduce ad una semplice azione per restituzione di frutti; e non vi si potrebbe vedere un diritto di proprietà, sulla porzione del coerede, gravata da ipoteca. Sovente ho veduto fare una cattiva applicazione, almeno a mio credere, della regola, *fructus augent haereditatem*, che ricavasi dalla legge 20, §. 2. e 5, ff. *da haeredit. petit.*, come anche dalle leggi 9 e 17 del Codice *famil. ercisc.* Quanto da tali leggi si desume si è, che tutto quello che aveva potuto provenire come profitto, per effetto delle cose di proprietà dal defunto, facea parte de' suoi beni, e poteva essere reclamato con i mezzi particolari stabiliti in materia di divisione dal diritto romano, onde essere sottoposto alla divisione, in qualunque mano e in qualunque parte che si trovasse. Si esercita allora un diritto di proprietà. Questa interpetrazione trova una base nella legge 20, §. 3, *sive ante aditam, sive post aditam haereditatem accesserint (fructus)*. Gli eredi non possono come eredi percepire i frutti prima dell'apertura della successione, *ante aditam haereditatem*; ch'è quanto trovasi in seguito nella legge istessa, *sed et partus ancillarum sine dubio augent haereditatem.* La stessa induzione si deduce dalla legge 25, ff. *eod. titul.*, §. 20, *augent haereditatem gregum et pecorum partus*; e da queste parole della legge 26, *quod si oves natae sunt, deinde ex his aliae, hae quoque quasi augmentum, restitui debent.*

Ma in verun luogo del diritto romano, o francese, si vede che i frutti percepiti da uno de'coeredi, della totalità de'beni ereditarj, o di una parte che sorpasserebbe la sua porzione, possano dar luogo, di diritto, ad una adesione o riunione della porzione in natura di questo coerede, alle porzioni degli altri, fino alla concorrenza del valore de'frutti percepiti. Non parlasi in quelle legislazioni che di restituzione, ed i principj in ordine alla restituzione di frutti, quando si tratta di possessore di buona o di mala fede, si rendono applicabili agli eredi che hanno posseduti i beni della eredità, come agli altri possessori. Ecco quanto si legge nel *Trattato delle successioni* di Lebrun, lib. 2 cap. 7, sez. 1; nelle addizioni di Espiard du Saux su questo autore, e nelle Leggi civili di Domat, lib. 3, tit. 5, sez. 3, n. 9.

Senza dubbio trattandosi d'una liquidazione di divisione, o di formazione di porzione, non fa ostacolo che il coerede che ha percepiti i frutti al di là della sua porzione rilasci un immobile, per compenso di questi frutti, gioc-

chè egli non può pagarli in contante, come avrebbe dovuto fare; ciò che prova che non vi è nè adesione, nè riunione della sua porzione alle altre. Ma questo modo può aver soltanto luogo tra questo coerede in faccia agli altri eredi: e non relativamente a'creditori del coerede, che si presenterebbero alla divisione, i quali ne hanno il diritto, per la conservazione de'loro crediti. Niuna legge, niuna disposizione del Codice civile, concede ipoteca o privilegio agli eredi, sulla porzione di uno di essi, per la restituzione de'frutti percepiti. Costui non può esservi obbligato, secondo il diritto, che in forza di un quasi contratto. Perlochè, i creditori del coerede debitore de'frutti, quantunque essi fossero ancora semplici chirografarj, potrebbero, per i loro crediti, venire in concorso e per contributo coi coeredi, creditori de' frutti, sul prezzo de'medesimi immobili che costituire dovrebbero la porzione del debitore di questi frutti, come sul di più di questi beni. Ma qui ben si scorge tutta l'utilità del creditore ipotecario del coerede debitore dei frutti, il quale si fosse iscritto sulla porzione di quest'ultimo ne'beni non ancora divisi, tanto se l'iscrizione fosse stata presa in virtù d'un'ipoteca speciale, quanto se fosse stata in virtù d'un ipoteca generale, o di un'ipoteca giudiciale. Tale iscrizione avrebbe avvertito che questa porzione era affetta in natura, ed integralmente, in preferenza ad ogni altro diritto che non fosse munito di un privilegio o di un'ipoteca anteriore. Quanto si è detto dovrebbe avere egualmente luogo per un'ipoteca legale, che graviterebbe sui beni del coerede debitore de' frutti; giacchè l' ipoteca, ancorchè non iscritta, come doveasi prevedere, ha il medesimo effetto dell' ipoteca speciale o giudiciale iscritta, rimontando al fatto che ha dato causa a questa legale ipoteca.

Tali sono i principj che debbono aver luogo, soprattutto sotto il regime ipotecario, il cui scopo principale è stato quello di vigilare alla conservazione de'diritti de'terzi. Se fosse altrimenti, si comprende bene che molte frodi commetter si potrebbero in danno di questi, sopprimendo gli affitti, le quietanze, o non facendo comparire le altre convenzioni col tenerle occulte, d'onde risulterebbe la liberazione de' frutti.

Questa discussione fa conoscere a'coeredi e a tutti i condividenti i pericoli a'quali si espongono lasciando che un di loro godasi i frutti, e l'interesse che essi hanno di affrettare la divisione de' beni indivisi. Essa dà ancora un utile avviso a coloro che formassero fra essi una società per gli oggetti di commercio, d'industria, o di agricoltura. Ben si vede tutta la sollecitudine che essi debbono darsi onde assicurare alla società, colle iscrizioni prese su i beni de'socj, il ricupero delle somme che debbonsi versare, e di quelle che potrebbero doversi in seguito delle esazioni eseguite, e dell'amministrazione tenuta.

Delle rendite fondiarie o costituite in danaro contante create dopo la legge di brumaio anno 7.

160. Pria di pubblicarsi la legge degli 11. brumaio anno 7 i censi si riputavano quasi generalmente come beni immobili. Le rendite costituite in denaro contante non riputavansi tali, se non in alcuni Statuti o nella giurisdizione di qualche parlamento, ove tale giurisprudenza si era formata. I primi erano suscettibili d'ipoteca quasi in tutta la Francia, e i secondi nei paesi ove si stimavano beni immobili. Pothier nella sua Introduzione generale agli Statuti, che precede la sua opera sullo Statuto di Orléans, num. 54, spiega perfettamente tutte le ragioni che li hanno fatti dichiarare ora mobili, ed ora immobili. Nel num. 55 vi si dice egualmente il motivo per cui erasi creduto di dare a' vitalizj il carattere d'immobili. Ma secondo l'art. 7 della legge di brumaio, tutte queste rendite stabilite per l'avvenire si hanno dovuto riguardare come beni mobili e non suscettibili d'ipoteca. La disposizione d'un tale articolo è stata confermata dall'art. 529 §. 2, del Codice civile che dice: » Sono egualmente mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie tanto sullo Stato, quanto su i particolari ». Lo è stato del pari più particolarmente dall'articolo 2118, che esclude tali rendite dalla possibilità di essere ipotecate, restringendo questa possibilità unicamente sopra i beni immobili che sono in commercio, sopra i loro accessorj stimati come immobili, e sull'usufrutto de' medesimi beni e loro accessorj pel tempo della sua durata. Non vi è alcuna distinzione da fare fra censi tanto in danaro, quanto in derrate, e le rendite costituite in danaro, giacchè le leggi non l'hanno distinta. La legge di brumaio è generale; essa ha fondato l'abolizione della qualità d'immobili di queste rendite, sopra la dichiarazione fatta dalle leggi precedenti di essere redimibili; e l'art. 530 del Codice civile pronunzia questa facoltà di ricompra per tutte le rendite di qualunque specie, salvo una modificazione di termine, in cui potrà la ricompra aver luogo, qual termine non potrà mai oltrepassare i trent'anni.

Delle rendite fondiarie o costituite in danaro, create avanti la legge di brumaio.

161. Ma in quanto alle rendite formate pria della legge di brumaio, sieno fondiarie, sieno costituite in danaro, questa legge, onde non abbia effetto retroattivo, ha loro conservato per l'avvenire il carattere d'immobili che esse

avevano prima, almeno per quel che riguardava le ipoteche imposte o particolarmente; o in virtù dell' ipoteca generale che aveva luogo prima di questa legge. Tanto maggiormente ciò dovea essere così, che la legge del 29 dicembre 1790 sebbene stabilisse la ricompra de' censi, ciò che li rendea mobili, pure conservò sotto certi rapporti la loro natura d' immobili, nel tit. 5; e nel tit. 6 stabilì delle misure per la conservaziane delle ipoteche sopra le rendite costituite. Il voto della legge di brumaio si ricava dalle parole *per l' avvenire*, che si trovano nell' art. 7, come del pari negli art. 42 e 47 che parlano delle misure da essere prese per la conservazione di queste ipoteche col mezzo della iscrizione. Finalmente il solo silenzio del Codice civile sopra la conservazione delle ipoteche imposte sulle antiche rendite, mostrerebbe la conferma della disposizione della legge di brumaio. Ma l' art. 655 del Codice di procedura civile non permette di dubitare sull' intenzione del legislatore, giacchè vi è detto, trattandosi della distribuzione del prezzo delle rendite per contributo, che dee aver luogo attualmente, *senza pregiudizio nonostante delle ipoteche stabilite prima della legge degli* 11 *brumaio anno 7*.

Tali ipoteche sulle antiche rendite costituite sono assolutamente assimilate a quelle che esistevano, pria della legge di brumaio, sugl'immobili ordinarj relativamente al modo di conservarle col mezzo della iscrizione: di maniera che se l'iscrizione non fosse stata presa nei termini da questa legge stabiliti e prorogati dalle leggi posteriori, (ciocchè in tutto fanno sette mesi), essa avrebbe potuto esserlo in seguito, e potrebbe esserlo ancora sotto il Codice civile. Ma essa non conserverebbe l' ipoteca coll' antica sua data: questa ipoteca prenderebbe il suo grado dal giorno dell'iscrizione tardiva, come avverrebbe di una simile iscrizione su i veri immobili, giusta le mie spiegazioni ne'paragrafi 2 e 4 della precedente sezione.

Si erano elevate delle difficoltà intorno all' effetto delle iscrizioni tardive, in quanto alle ipoteche antiche sopra le rendite costituite: ma tutte le idee restano stabilite col decreto della Corte di cassazione, de' 30 agosto 1807, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 346. Questo decreto dissipa qualunque dubbio, per questa parte, tra le antiche ipoteche sulle rendite costituite, e le antiche ipoteche sugl' immobili propriamente detti. Ciò non ostante alcuni avevano rinnovate tali difficoltà, fondandosi ad un altro decreto dell'istessa Corte del 20 frimaio anno 14. Ma il sig. Chabot (de l'Allier), *Questioni trans.*, alla voce *Ipoteca*, §. 4 e 5, ha confutate le induzioni che trar si volevano, per tale oggetto, dal decreto de' 20 frimaio

anno 14, con una dotta dissertazione, alla quale mi basta di rimandare, giacchè mi sembra impossibile di non ne restar convinti. Egli ha provato che bisognava stare alla giurisprudenza stabilita dal decreto de' 30 agosto 1807.

L'art. 42 della legge di brumaio stabilisce che le iscrizioni, per i diritti d'ipoteca o privilegio acquistato, avanti la sua promulgazione, sulle rendite fondiarie e costituite, saranno prese, cioè, sopra i censi, all'uffizio della conservazione dell' ipoteche nella cui provincia sono situati gl'immobili sopra i quali essi gravitano, e sulle rendite costituite, all'uffizio dell'ultimo domicilio del creditore di tali rendite. Questo articolo fa sparire la necessità nella quale erasi anticamente di fare nel luogo dell'uffizio ove talune rendite potevansi pagare, come quelle dovute dal Re, dalla città di Parigi, da' corpi morali, ec. La disposizione dell'art. 50 è concepita co' medesimi principj: di là risultava che le trascrizioni delle vendite di antichi censi, si dovevano fare all' uffizio della provincia in cui erano situati i fondi sottoposti a quella rendita, e le trascrizioni degli atti di mutazione delle antiche rendite costituite, dovevansi fare all' uffizio del domicilio dei creditori o proprietarj venditori di queste rendite. Simile è ancora la disposizione dell'art. 45 della medesima legge. Si vede bene che queste disposizioni, alle quali non si è derogato con alcuna legge, debbono essere seguitate.

Fin qui non mi sono occupato delle antiche rendite se non in ordine alla conservazione delle ipoteche dalle quali venivan gravate, come cose stimate immobili, a favore de' creditori di coloro che ne sono i proprietarj. Ma bisogna considerarle sotto un altro aspetto, che è quello delle misure da praticare onde conservarle relativamente a coloro che ne sono i debitori.

Or, acciò queste antiche rendite, come quelle formate in seguito della legge di brumaio, sieno conservate sopra i beni di coloro che ne sono i debitori, bisogna l' iscrizione sopra tali beni per parte del creditore della rendita, come per qualunque altro credito per la parte dei creditori. Non vi dev' essere eccezione per le rendite anteriori alla legge di brumaio. Quantunque questa legge abbia conservate le ipoteche dalle quali erano prima affette, pure è chiaro, che, in ordine alla conservazione delle rendite istesse, la iscrizione era necessaria sopra i beni di coloro che n' erano i debitori, come lo è per i crediti mobiliari ordinarj. È uno de' punti giudicati in massima dalla Corte di cassazione, con decreto del 29 giugno 1813, riportato nella raccolta di Denevers, anno 1815,

pag. 113, il quale ha giudicato molte altre importanti questioni sopra la natura e sopra la mobilizzazione de'censi. Questo rilevasi parimente da una decisione della Corte reale di Nimes de'23 frimaio anno 14, riportata nella stessa raccolta di Denevers, anno 1806, pag. 68, supp., ed è quello che praticasi giornalmente. È chiaro che in caso di negligenza per parte del creditore della rendita nell'iscriversi sopra i beni che sono gravati, il creditore del proprietario della rendita, potrebbe prendere questa iscrizione in nome del proprietario, o nel suo proprio nome in qualità di creditore. È tanto più rilevante che i beni del debitore della rendita sieno colpiti dalla iscrizione, per quanto è facile che questo debitore restituisca con sicurezza il capitale al proprietario della rendita, in danno di una iscrizione presa solamente contra quest'ultimo da uno de'suoi creditori. La iscrizione sulla rendita, sia di censo, sia costituita, non equivalerebbe ad una iscrizione, tanto sopra il debitore della rendita, quanto sopra questi beni. Tutto ciò era stato preveduto dagli art. 2 e 5 del tit. 6 della legge dei 29 dicembre 1790. In questa veduta, questi articoli prescrivevano delle precauzioni alla cui lettura io rinvio i lettori per amore di brevità; ma quelle che ho sopra indicato bastano; e nel bisogno, il creditore del proprietario della rendita potrebbe fare al debitore di questa una opposiziono per il rimborso che si volesse eseguire del capitale.

Ciò non ostante deggio osservare che la Corte di cassazione, *sezione dei ricorsi*, con decreto de'23 dicembre 1806, riportato da Denevers, anno 1807, pag 35, pare di aver giudicato che si potea acquistare all'ipoteca sopra una casa per l'intermedia ipoteca sopra una rendita costituita, alla quale questa casa era ipotecata. Ma questo decreto venne emanato in circostanze così particolari, che io credo dovermi esentare dall'entrare in discussione del suo resultato; e stimo dovermi attenere a quanto ho detto, ed all'osservazione che ho fatta in uno de'precedenti numeri di questo paragrafo, che un diritto d'ipoteca non è più suscettibile d'ipoteca, mentre la specie di questo decreto potrebbe rientrare in questa questione.

In ordine alle formalità da seguirsi, quando si rende necessario il pignoramento delle rendite, esse sono notate nel tit. 10 del lib. 5, del Codice di procedura civile. Non evvi altra distinzione se non quella fatta dall'art. 655, cioè a dire, che non vi è distribuzione di prezzo per contributo, che per le rendite costituite dopo la legge di brumaio, e che la distribuzione, secondo l'ordine delle ipoteche, è conservata riguardo a quelle che erano state create prima di questa legge.

Si è questionato se la procedura stabilita dall'indicato tit. 10, potea

avere luogo per i vitalizj come per le altre rendite. Alcuni autori sono pure stati di differente opinione sopra questa questione; ma io credo che ragionevolmente la Corte reale di Caen, abbia giudicato per l'affermativa, con decisione de' 21 giugno 1814 la quale è riportata da Denevers, nella raccolta dell'anno 1815, pag. 2, supp.

Finisco con una osservazione che ha per oggetto le antiche rendite, conosciute sotto il nome di censi, le quali erano suscettibili d'ipoteca, cioè che non si debbono mettere in questa categoria i censi redimibili. Questo punto non era altre volte senza difficoltà. Denisart, alle voci *Rendite fondiarie*, dicea che queste rendite erano fondiarie nell'istessa guisa che erano quelle che non potevansi ricomprare: la ragione che n'adduceva era, che la facoltà di ricomprare formava una qualità accidentale, la quale non ne cambiava la natura: ma, stando alle decisioni citate da questo scrittore in una edizione posteriore, pare che egli non sia dell' istessa opinione. Per altro, il sig. Tronchet, il sentimento del quale è di molto peso, all'occasione di una discussione elevatasi nel Consiglio di stato sulla questione di sapere se si dovevano inscrire nel Codice civile gli articoli 530 e seg., sostenendo la inutilità di questa legislazione sopra le rendite, diceva che se, per correggere l'inconveniente della loro esistenza, esse si dichiarassero redimibili in un dato tempo, *si spogliano del loro carattere di rendite fondiarie*, talchè quanto si è detto e su i censi costituiti anteriori alla legge di bramaio, non devesi applicare che ai censi irredimibili.

Del diritto di terratico e di decima.

162. Si potrebbe domandare se un diritto di *terratico* o di *decima*, stabilito, avanti ed in seguito della legge di brumaio, ed anche sotto il Codice civile, è, o non è suscettibile d'ipoteca, al pari d'una cosa immobile. Questo diritto era ancora conosciuto in certi Statuti sotto la denominazione di *terrage*, *agrier*, *carpot* ec. Per l'affermativa si potrebbe dire, che questo diritto differisce, per alcuni rapporti, dalla rendita fondiaria, o censo; Difatti esso non consiste in una prestazione annuale, pagabile a colui al quale appartiene, ciocchè forma il carattere della rendita fondiaria costituita, tanto in derrata, che in denaro. L'esercizio di un tal diritto consiste a portarsi sul fondo, nel tempo della raccolta, e prenderà in natura la porzione della raccolta istessa, giusta la quantità stabilita dal titolo. Si direbbe che questo diritto non può esistere, senza l'idea della proprietà piena ed

intera del fondo, almeno fino alla concorrenza della porzione della raccolta che dà diritto a percepire: ed è senza dubbio per tal ragione che Dumoulin, sopra lo Statuto di Parigi, parte 2, tit. 2, n. 2 e 3, lo chiama *campi pars*. Potrebbesi soggiungere che, il proprietario di questo diritto, ha la facoltà di sorvegliare alla coltivazione del fondo, onde produca la convenevole ed ordinaria raccolta: che si può opporre alle devastazioni, e domandare non solo i danni e interessi, ma la rescissione ancora del contratto di concessione, stante la sua inesecuzione per parte di quello, col quale fu fatto il contratto, o di qualunque altro possessore.

Ciò non ostante crediamo che un tal diritto non si possa riguardare come immobile e suscettibile d'ipoteca; esso è stato dichiarato redimibile dall'art. 1 del tit. 1 della legge dei 29 dicembre 1790. Dietro gli articoli 7 e 42 della legge di brumaio, la mobilizzazione delle rendite fondiarie ha avuto origine dalla facoltà di ricupero stabilita dalle leggi anteriori. In questi articoli non si parla solamente delle rendite fondiarie, ma vi è soggiunto *e le altre prestazioni* dichiarate redimibili dalla legge. Finalmente, secondo lo spirito del Codice civile, e particolarmente dall'art. 530, rilevasi che ogni sorte di prestazione, di qualunque natura e modo sia, costituita in virtù della cessione di un fondo è sempre redimibile, ciocchè gli dà una qualità di cose mobili; e le parole dell'art. 2118 portano l'esclusione della possibilità di ipotecare tali oggetti; in modo che, il diritto in questione, deve assimilarsi alla rendita fondiaria, così per la natura, quanto pel modo di conservazione.

Dell'azioni o interessi delle compagnie di finanze. Del diritto di pedaggio.

163. Nell'art. 529 del Codice civile si dice: « Sono mobili . . . . . le azioni o interessi nelle compagnie di finanze, di commercio o d'industria, quando anche appartengano a queste compagnie beni immobili dipendenti dalle stesse imprese. Tali azioni o interessi sono riputati mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società. » Questo articolo presenta delle difficoltà nella pratica: in quanto a me, confesso che non le trovo difficili.

Bisogna osservare com'era concepito l'articolo, prima che diventasse il 529, quando fu sottoposto alla discussione. Vi si diceva: « Sono mobili . . . . *le azioni delle compagnie* di finanze, di commercio o d'industria, quando anche appartengano alle compagnie dei beni immobili dipendenti dalle stesse intraprese, ec. .» Si faccia ben attenzione che si diceva solamente *le azioni*

nelle compagnie ec., quando che nella redazione definitiva venne detto *le azioni o interessi* ec. Devesi ancora osservare, che quando la redazione definitiva si faceva, si aggiunsero queste parole essenziali, che non si trovavano nella prima redazione: « Le azioni o interessi *sono riputati mobili* riguardo a ciascun socio soltanto, *e pel solo tempo che dura la società.* » Si concepisce bene che l'aggiunzione della parola *o interessi*, e delle altre espressioni da me riferite, racchiude un motivo che bisogna rintracciare. Ora se ne potrà formare un'idea precisa, penetrandosi delle due discussioni, avvenute nel Consiglio di stato il 20 vendemmiaio anno 12, e il 5 brumaio seguente, quali discussioni bisogna che sieno fra loro ravvicinate. Ci si vede che il sig. Tronchet soprattutto, pretendeva non doversi confondere l'azione coll'interesse in una intrapresa; che l'interesse rende socio e comproprietario, e che l'azione non rende che accommandatario, e non dà diritto che alla somma sborsata. Se ne concludeva, come massima, che il diritto derivante dall'interesse è immobile, e che l'azione non è mobile, che nel solo caso in cui non rende comproprietario degl'immobili, e non sottopone alle dimande che possono essere dirette contra la società.

Il resto della discussione, che sarebbe inutile di qui riportare per intero, fa conoscere che questa distinzione venne adottata, e che ciò diede luogo agl'importanti cangiamenti che ho fatto rimarcare. Ma non se ne deduce essersi inteso che le porzioni nell'*interesse* dell'intrapresa divenissero in seguito cose immobiliari, nel mentre che le *azioni* sarebbero soltanto mobiliari: s'intese che tanto le porzioni negli interessi, quanto le azioni, dovessero riputarsi mobiliari. La ragione fu, come diceva il sig. Treilhard, che niuno degl'individui che compongono il corpo sociale non è proprietario degl'immobili; che gl'immobili non sono se non degli accessorj della società, e, quasi, come degl'istromenti dell'intrapresa; che in quanto alle azioni, esse sono mobiliari, e che si rende necessario di far loro conservare questa qualità, giacchè importa di facilitarne la circolazione; che ciò non ostante si poteva abusare del principio, onde pretendere che gl'immobili, a' quali delle azioni danno diritto, debbono, egualmente dopo lo scioglimento della società, reputarsi della medesima natura delle azioni; *e per prevenire questa falsa conseguenza, si è dovuto esprimere che la finzione durerebbe tanto, quanto dura la società.*

Sicchè penetrandosi della discussione che preparò l'articolo 529 tal quale si trova compilato, si resta convinto, che, seguendosi lo spirito e la lattera dell'articolo, tutte le azioni sopra i prodotti di una società di finanze, di commercio o d'industria, alla quale appartengono degl'immobili, qualunque

sia l'origine di tali azioni, che derivino da un interesse nell'intrapresa, o da semplici diritti sui prodotti, sono puramente mobiliari fintantochè dura la società; e soltanto quando essa termina è che gl'immobili, i quali ne formavano l'istrumento o la garanzia, riprendono il loro carattere originario d'immobili, e divengono suscettibili d'ipoteca contra ciascuno di coloro che vi rappresentano delle porzioni.

Essendo così inteso l'art. 529 è difficile di adottare la decisione emanata dalla Corte reale di Parigi, del dì 17 febbraio 1809, riportata da Sirey, lo stesso anno, part. 2, pag. 249. Si trattava sapere se si dovevano riputare come mobili, o come immobili, delle porzioni sopra i prodotti del diritto di pedaggio, che si percepiva, per le mercanzie trasportate sul canale di Briare, in conseguenza di un'antica società, autorizzata dal Sovrano. La proprietà del canale era stata data a questa società che rimontava al regno di Errico IV. Privilegj particolari furono concessi dal Re, che creò questo diritto di pedaggio a di lei profitto. La questione era se, queste porzioni del prodotto, si dovevano vendere come mobili, oppure come immobili, ciocchè portava all'altra questione, s'esse erano, o nò, suscettibili d'ipoteca, e se le vendite che si sarebbero fatte, doveano, oppur nò, essere sottoposte alla trascrizione, ed alla iscrizione. La Corte reale le considerò come immobili, sul motivo che tutti i socj erano proprietarj di tal canale, e che questo canale e gli altri immobili, in vece di essere semplici dipendenze della società, formavano al contrario la cosa principale e fondamentale, e che il diritto di pedaggio non ne era che il prodotto. Io credo poter dire che questi motivi sono contrarj allo spirito col quale fu compilato l'art. 529. I motivi del tribunale della Senna, che avea in vario modo giudicato, come vedesi nella Raccolta, rientrano del tutto nel senso di questo articolo; rimando ivi, ond'essere breve. I motivi della Corte reale possono essere uniformi ai principj generali della materia; ma l'articolo 529 è il risultato di un diritto particolare che deriva dalla natura dell'oggetto al quale si riporta: è indispensabile di seguirlo, qualunque siano i principj generali. Ogni legislazione si compone di regole e di eccezioni. È vero che la Corte reale di Parigi a'suoi primi motivi aggiungeva l'altro che si trattasse, d'altronde, su di una divisione tra coeredi, e di diritti di creditori: ma questo motivo non potea mai determinare la decisione che è stata presa. Quantunque queste azioni si trovino in una successione e vi sieno creditori chirografarj e creditori ipotecarj tra'quali si eleva la questione, questa circostanza è indifferente: la natura delle azioni è la stessa. La morte di uno degli azionisti non scioglie la società: ella sussiste tuttavia, e le azioni che possonsi ven-

dere passano in commercio co'diritti istessi che esse vi attribuivano avanti. Tali diritti, secondo la loro natura, trovansi sempre sugl'immobili, quando avviene lo scioglimento della società; è solo allora che finisce la finzione stabilita della legge riguardo alle azioni o interessi. Non vi sono che le azioni relative a questi canali che sono stati immobilizzati, che si possono considerare come immobili, ed a'quali l'art. 529 del Codice civile non è applicabile. Ignoro che le azioni sopra il canale di Briare sieno state immobilizzate; ciò che non potrebbe essere accaduto che dopo la decisione della Corte reale di Parigi, de'17 febbraio 1809. Pel dipiù è bene conoscere i principj relativi alla retta intelligenza dell'art. 529 del Codice civile.

Dopo essersi così trattata la questione, e la mia opera essendo sotto ai torchi, ho avuta conoscenza di una decisione della Corte reale di Tolosa, de'31 luglio 1820, che risolve la questione co' medesimi principj. Questa decisione è riportata dal sig. Laporte, continuatore di Denevers, anno 1821, pag. 87 al supp. Essa è del pari tanto più importante in quanto che applica questi principj all'ipoteca più faverovole, giacchè era questione d'un'ipoteca legale reclamata dalla moglie di uno de'socj; e si rende parimente osservabile per la solidarietà de'suoi motivi. I fatti essendo stati esposti nella raccolta, in un modo così preciso, che non sono capaci d'analisi, io li trascriverò insieme alla decisione.

« Nell'anno 11 si era formata una società di commercio tra i fratelli Guibert, ed il signor Sol socio accommandatario. L'anno seguente uno de'fratelli Guibert aggiudicossi un immobile di cui il prezzo fu pagato con i denari delle società.

« In seguito i signori Guibert e compagni fallirono: un accordo fu fatto con i loro creditori; ed il signor Sol, incaricato di fare la liquidazione della società, fece vendere l'immobile ch'essa avea anteriormente acquistato.

« Allora le signore Guibert presentaronsi nel giudizio di graduatoria, e sostennero che la legge accorda alla moglie un'ipoteca sopra tutti i beni di suo marito, senza eccezione, tanto se egli li possedesse in comune con i terzi, quanto se ne fosse il solo proprietario; e reclamarono quindi il beneficio dell'ipoteca legale.

« Il signor Sol si rese opponente alla loro pretensione. Egli fece osservare che, in un caso, gl'immobili sociali potevano essere gravati da ipoteche personali de'diversi socj, finchè la società non si fosse sciolta, e se ne fosse fatta la divisione. Si prevalse della opinione del sig. Goupil-Prefeln, che nel suo rapporto al Tribunato così si espresse sull'art. 529 del Codice civile: « Ogni socio, o interessato, senza dubbio non potrebbe

» *ipotecare* la sua porzione virile sopra questi immobili; ed il suo diritto
» si limita a domandare tanto il suo prodotto, secondo il contratto di so-
» cietà, quanto, al tempo della liquidazione della società, la parte da lui po-
» sta nella società medesima: ma fino a che essa dura, egli non è pro-
» prietario della sua porzione sull'immobile, del quale non può servirse-
» ne, ma bensì della sua porzione sopra il valore di questo immobile. »

» A'9 giugno 1818 v'intervenne sentenza del tribunale di Tolosa, la quale sospese la decisione della causa, col pretesto che non potea avere bastante conoscenza onde giudicare del diritto de'contendenti, se non dopo terminata la liquidazione del fallimento.

» Il signar Sol ne produsse appello; ed in seguito fu resa la seguente decisione.

» Attesochè costa, *dal fatto*, che l'immobile sul quale le signore Guibert pretendono di avere un'ipoteca legale, fu acquistato, durante la società, nel nome e per conto della medesima, conosciuta sotto la *ditta Guibert*, *fratelli*, *cugini e compagni*; che l'immobile istesso venne pagato con danaro della società, e che quando fu venduto per conto e in nome della società, questa, quantunque sciolta, durava ancora, per non essersi formata la liquidazione, per non essersi pagati i creditori, e per non essersi fatta alcuna divisione, per modo che lo stato di comunione ed indivisione tra i socj tuttavia sussisteva; — Attesochè, *in diritto*, essendo indubitato che le ipoteche legali delle signore Guibert sono dalla legge concesse sopra i beni de' loro mariti, e non hanno gravitato, come non possono gravitare, sulla casa di commercio della quale trattasi; di fatto, l'ipoteca legale della moglie non può cadere se non sugl'immobili di proprietà del marito, e che costui potrebbe ipotecare; non è così de' diritti del marito che si trova socio in una compagnia di commercio sopra i beni di questa società; giacchè, da una parte, e secondo l'art. 1860, « il socio che
» non è amministratore, non può alienare, nè obbligare le cose, benchè
» mobili, le quali dipendono dalla società; » e dall'altra, seguendo l'art. 529,
» le azioni o interessi nelle compagnie di commercio, quando anche appar-
» tengano a queste compagnie, beni immobili dipendenti dalle stesse intra-
» prese . . . . . sono riputati *mobili*, relativamente a ciascun socio, e pel solo
» tempo in cui dura la società. » Ora queste ultime parole debbono essere intese in guisa, che i creditori personali di un socio non abbiano maggiori diritti di lui, e che la regola è applicabile fintantochè la divisione della società non viene fatta. Se fosse altrimenti, la condizione fondamentale del contratto di società, la quale consiste che tal società sia convenuta per l'in-

teresse comune delle parti, sarebbe giornalmente violata, giacchè l'uno dei socj solidali potrebbe gravare delle sue ipoteche gl'immobili destinati soltanto per la garanzia de' debiti della società. Di più, le regole riguardanti la divisione dell'eredità, le quali, secondo l'art. 1872 del Codice civile, sono applicabili alle divisioni fra' socj, sarebbero chiaramente sconosciute; imperocchè, seguendo tali principj, l'immobile posto all'incanto, o ricaduto nella quota di un socio alle divisione, si presume non essere mai stato degli altri. Questa saggia finzione di legge non si realizzerebbe mai se le ipoteche, acquistate contra uno dei socj, continuassero a gravitare sull'immobile da lui non acquistato nè col mezzo dell'incanto, nè con quello della sorte. L'abuso sarebbe ancor più forte se, come si pretende per parte delle signore Guibert, le loro ipoteche potevano colpire l'immobile sociale venduto per i bisogni della società, e volgere in loro vantaggio un prezzo che non sarebbe bastevole per soddisfare i debiti della società. Ne avverrebbe che uno de'socj non contribuirebbe al pagamento di tali debiti; che egli prenderebbe una porzione nell'attivo, laddove l'attivo appena può uguagliare il passivo, oppure che il suo creditore od avente causa farebbe ciocchè non potrebbe fare egli stesso. Un tal sistema si oppone a tutte le idee ricevute in materia di società, e di comunione d'interessi; e la dimanda delle signore Guibert ond' essere collocate sul prezzo di un immobile sociale, è manifestamente mal fondata. — Facendo definitivamente diritto alle domande delle parti, riformando il giudicato de'9 giugno 1818, dichiara che non eravi luogo a soprassedere dal giudizio; e facendo quanto avrebbero dovuto fare i primi giudici, pronunziando sul merito, ritrattando l'ordinanza del giudice commissario, rigetta le domande delle signore Guibert di essere graduate, e dichiara non esservi luogo a graduatoria per l'ammontare delle loro ipoteche legali, sopra il prezzo della casa di cui si tratta ».

Delle azioni della banca di Francia.

164. Sonovi de'beni che di loro natura sono mobili, ma che il legislatore per misure politiche, e per eccezioni a' principj generali della materia, come dissi, dichiara immobili. Essa è allora una immobilizzazione fittizia che vale una immobilizzazione reale, uniformandosi alle regole prescritte per tali casi. Queste sono le azioni della banca di Francia. Ecco quanto contiene l'art. 7, del decreto dei 16 gennaio 1808, che definitivamente sanziona gli statuti di questa banca, in conseguenza delle leggi anteriori, e segnatamente dell'art. 22 di quella de' 22 aprile 1806. « Gli azionisti che inten-

deranno dare alle loro azioni la qualità d'immobili, ne avranno la facoltà, e in tal caso ne faranno la dichiarazione colle forme stabilite per i trasferimenti. Una volta iscritta, sul registro, sì fatta dichiarazione le azioni immobilizzate resteranno sottoposte al Codice civile, e alle leggi relative a' privilegj ed alle ipoteche, come gli stabili; esse non potranno alienarsi, nè i privilegj e ipoteche essere purgate, se non conformandosi al Codice civile, alle leggi relative a' privilegj e alle ipoteche sopra gl' immobili ». Non è di queste azioni, come di altre immobilizzazioni fittizie di oggetti che anticamente non potevano essere considerati come immobili.

Delle rendite sullo Stato. Dei maiorascati.

165. L'art. 529 §. 2 dichiara mobili le rendite perpetue o vitalizie *tanto sullo stato*, quanto su'particolari: ma quelle sullo stato possono essere immobilizzate in un caso, cioè, in quello della formazione di un maiorascato; nel quale tali rendite, egualmente che le azioni della banca di Francia, possono essere ammesse. E questa la disposizione dell'art. 2, del decreto del 1.° marzo 1808. Ma tali rendite venendo parimente a formare un maiorascato, e quindi ad essere immobilizzate, non sono più suscettibili di essere ipotecate, giacchè, secondo l'art. 41 e seguenti dello stesso decreto, i beni soggetti a'maiorascati non possono nè alienarsi nè gravarsi di privilegio o d'ipoteca. In occasione del maiorascato che dovea stabilirsi a titolo di munificenza reale e nazionale a vantaggio del duca di Richelieu, che l'aveva tanto giustamente meritato, nelle adunanze della camera dei deputati de' 25, 28, e 29 gennaio 1819, erasi detto, che la Corte aveva aboliti i maiorascati, ancorchè la loro esistenza fosse supposta dall' art. 899 del Codice civile: ma una tale opinione, acremente e giustamente combattuta, e soprattutto dal Guardasigilli (Conte *de Serre*), non ebbe alcuna conseguenza. Io mi limito a queste osservazioni su tal materia, giacchè è facile il prevedere che quanto riguarda i maiorascati deve formar l' oggetto di un nuovo sistema, e che per ora non può esservi in ciò legislazione bastantemente stabilita, nè giurisprudenza assai ben formata.

Delle navi, ed altri bastimenti di mare.

166. Le navi ed altri bastimenti di mare sono stati, per lungo tempo, regolati da leggi particolari, tanto relativamente alla loro qualità di mobili o d'immobili, quanto alle forme colle quali possono essere giudicialmente pignorati e venduti. Il dare un sistema al commercio marittimo fu causa

dell' ordinanza del 1662, distinta fra quelle che onorano il secolo di Luigi XIV, e che hanno sempre servito di esempio alle altre leggi posteriori formate sull' istessa materia. Mentre si riformò il Codice civile, pensossi inserire una legislazione marittima nel Codice di commercio, e nell' art. 2120 si disse che non erasi fatta alcuna innovazione nelle leggi marittime riguardanti le navi ed i bastimenti di mare. Questa legislazione marittima ritrovasi nel libro secondo del Codice di commercio. L' art. 190 dichiara mobili i bastimenti ed altri legni di mare. Ciò era una conseguenza della definizione generale di quel ch' è mobile, stabilita dall'art. 528 del Codice civile; i privilegj, la loro conservazione, le formalità de' pignoramenti e vendite sono regolate dal Codice di commercio. Si vede bene che questa materia, la quale non deve essere inserita in un Trattato sulle ipoteche, potrebbe in vece formare l' oggetto di un' opera sulle espropriazioni. Mi basta di rinviare a' titoli del Codice di commercio che ne trattano, ed alle opere pubblicate intorno alla legislazione commerciale, e soprattutto a quella del sig. Pardessus. Si consulterà, ancora con vantaggio, la saggia analisi sul Codice di commercio del sig. Locrè, *Spirito del Codice di commercio*, tom. 3, pag. 2, et seg. Ciò non ostante ne dirò qualche cosa trattando de' privilegj.

PARAGRAFO II.

DELLA INDIVISIBILITA' DELL' IPOTECA, E DELLA SOLIDARIETA' CHE NE DIPENDE. RIDUZIONE DELLE IPOTECHE CONVENZIONALI.

SOMMARIO

167. *Dell'indivisibilità dell' ipoteca.*

168. *Modificazioni del principio della solidarietà che ebbe luogo relativamente alle persone che avevano emigrato.*

169. *Requisiti essenziali relativi alla solidarietà dell' ipoteca.*

170. *Gli eredi del debitore non possono essere convenuti se non personalmente per la loro parte e porzione, e ipotecariamente per l' intero. Fondamento di questa regola.*

171. *Di alcuni Statuti che avevano una legislazione contraria. Osservazioni intorno alla questione della retroattività.*

172. *L'erede del debitore si può esimere dall' azione ipotecaria coll' abbandono del fondo ipotecato.*

173. *Si può l'erede sottrarre dall' azione ipotecaria col mezzo del rila-*

scio, anche quando fosse stato condannato ipotecariamente per l'intero. Egli può far uso del beneficio della discussione.

174. *Del regresso d'uno degli eredi, che ha pagato il debito, contra gli altri.*

175. *Dell'erede puro e semplice che, nel tempo istesso, è creditore personale e ipotecario del defunto.*

176. *Della confusione che avviene nel caso della riunione delle qualità di debitore e creditore.*

177. *Della solidarietà delle rendite fondiarie, e di quelle create anticamente.*

178. *Della solidarietà delle rendite fondiarie create dopo il Codice civile.*

179. *Delle diverse difficoltà prodotte dal principio della indivisibilità dell'ipoteca, e soprattutto il concorso delle ipoteche generali colle speciali. Primo esempio.*

180. *Secondo esempio.*

181. *Terzo esempio.*

182. *Principio col quale si può rendere giustizia a tutti i creditori ipotecarj che sono in concorso. Quarto esempio.*

183. *Esempj dei mezzi fraudolenti che bisogna cercar di evitare.*

184. *Rigetto del sistema di divisione proporzionale, fra le ipoteche speciali che concorrono con l'ipoteche legali o generali.*

185. *Del caso dove, all'occasione di un'ipoteca speciale, sopraggiunge un'ipoteca giudiciale.*

186. *Del caso di concorso d'ipoteche generali per rendite costituite, fondiarie e vitalizie, con l'ipoteche speciali.*

187. *Del concorso delle ipoteche per crediti condizionali o eventuali, con altre ipoteche.*

188. *Della riduzione dell'ipoteca convenzionale.*

189. *Della riduzione dell'ipoteca convenzionale e generale, anteriore alla legge di brumaio.*

190. *Del caso in cui un'ipoteca generale è modificata con una posteriore convenzione.*

Dell'indivisibilità dell'ipoteca

167. L'indivisibilità formò in ogni tempo uno dei principali caratteri dell'ipoteca. Il diritto romano l'ammetteva, ed il diritto francese l'ha pur

troppo riconosciuta. Non eravi un forense che, mischiando il latino col francese, non sapesse dire, l'ipoteca è indivisibile, *est tota in toto*, *et tota in qualibet parte.* Il risultato di questa regola viene perfettamente, espresso ed in poche parole, dalla legge 8, ff. *de distract., pign. et hyp. Creditoris* ARBITRIO *permittitur, ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis*, AD SUUM COMMODUM *pervenire.* Così la legge non prescrive, in generale, alcun ordine successivo nell'esercizio del diritto d'ipoteca.

Si può dunque dire che in materia di contratti vi sono due specie di solidità, l'una personale, e l'altra ipotecaria. La prima si ha allorchè più persone si sono solidamente obbligate al pagamento di una somma, ma senza ipoteca; il creditore si può far pagare, da ciascuna di esse, dell'intero credito, e degl'interessi dovuti, salvo l'esercizio dell'azione ipotecaria che potrebbe acquistare in seguito, sempre per la totalità del credito sopra gl'immobili appartenenti a uno de' debitori solidali, in virtù di ulteriori condanne. La seconda, ossia la ipotecaria, può esistere indipendentemente da qualsivoglia azione personale sopra i fondi che, da principio, per sicurezza del credito sono stati gravati da ipoteche. Allora qualunque parte di ciò che è stato ipotecato, sia un solo, sieno più i fondi, si può pignorare colle vie ipotecarie, presso chiunque trovasi. È questa la conseguenza dell'art. 2114 del Codice civile, ove si dice che l'ipoteca è di sua natura indivisibile, e sussiste in intero sopra tutti gl'immobili che si sono obbligati, sopra ciascuno di tali immobili, e sopra ogni parte di essi. È inerente ai beni, ancorchè passino in altre mani. Lo stesso principio si legge nell'art. 2166.

Modificazioni del principio della solidarietà che ebbe luogo relativamente alle persone che avevano emigrato.

168. Il principio della solidarietà, quando dev'esistere o per legge o per convenzione, è tanto sacro che non ha potuto essere distrutto nè anche da circostanze nelle quali tutto cede a quel che si chiama forza maggiore. Un tal principio venne intanto modificato in virtù di questa forza maggiore: ma fu riconosciuto, e altamente proclamato, ed eseguito con quel migliore vantaggio che potevasi in favore de'creditori. Allorchè vennero confiscati i beni degli emigrati, nelle leggi relative all'emigrazione, e particolarmente in quella del 1.° fiorile anno 3, art. 112, fu detto, che i creditori di beni indivisi cogli emigrati fossero nell'obbligo di liquidare, come gli altri creditori sopra questi ultimi, ma *solo per la porzione che riguarda*

la nazione. Di qui ne risultò che la solidarietà dell'azione ipotecaria era abolita soltanto in faccia alla nazione, e non in vantaggio de'condomini, o condividenti de'beni indivisi con essa.

Il legame della solidarietà fu rotto relativamente alla nazione; ma ebbe tutto il suo vigore in quanto alla totalità del credito riguardo a'condomini o coeredi degli emigrati. La totalità del credito poteasi reclamare contro di essi sopra le sole porzioni di beni loro ricaduti. I socj alla divisione ed i loro aventi causa, hanno tentato più volte di esimersi da questa solidarietà, per non pagare che le loro rate del credito, in proporzione del loro emolumento ne'beni ipotecati, e così sottrarsi dal pagamento che dovea essere a carico della nazione. Ma tutti questi tentativi riuscirono vani: in questo caso la solidarietà fu conservata, da un decreto della Corte di cassazione de'5 nevoso anno 13, ancorchè si rimproverasse al creditore di aver trascurato di liquidare il suo credito. Si cita parimente un simile decreto de'14 nevoso anno 10. Ed affinchè si mantenga il più che fosse possibile il legame della solidarietà ad onta dell'avvenimento della forza maggiore, un decreto della medesima Corte de'6 maggio 1818, giudicò l'effetto della indivisibilità dell'ipoteca essere tale che, nel caso in cui la nazione divenuta proprietaria di una parte del fondo ipotecato, avesse venduta una tal parte franca e libera da qualunque ipoteca, il creditore avrebbe il diritto di dirigersi, per la totalità del suo credito, contra gli altri possessori del fondo, i quali erano obbligati ipotecariamente, salvo a questi il regresso contra chi di diritto. A questi due decreti se ne può unire un altro dell'istessa Corte, de'30 aprile 1806, il quale giudicò che l'emigrato cancellato dalla lista, potea, per il pagamento di un credito che egli sottoscrisse ipotecando i suoi beni esser convenuto personalmente e ipotecariamente per la totalità del credito sopra i beni che ancora gli restavano, malgrado la vendita fatta dalla nazione degli altri di lui beni, considerabili che fossero; in materia che tale questione prima presentava delle difficoltà, ed al presente niuna (1). Ma si vede che, onde si eserciti l'azione ipotecaria sopra i fondi contra colui che è stato cancellato dalla lista degli emigrati, quando un terzo n'è il possessore, bisogna che l'ipoteca sia stata conservata col mezzo della iscrizione; ed a tal oggetto si può vedere quanto dissi sopra le iscrizioni contra gli emigrati, come sopra quelle prese da essi, nel § 3 della sezione precedente.

(1) Per questi tre decreti si può vedere, la raccolta di Denevers, anno 13, pag. 270; anno 1806, pag. 381; ed anno 1818, pag. 380.

Requisiti essenziali relativi alla solidarietà dell'ipoteca.

169. Vi sono pochi principj tanto fecondi di conseguenze, come quello della solidarietà delle obbligazioni; ma questa parte non entra, almeno in tutto, nella materia di cui al presente mi occupo. I principj della solidarietà tanto tra'creditori, che tra'debitori, si rinvengono nei §. 1 e 2 della sezione 4., tit. 3, del lib. 3 del Codice civile. Nella sezione 5, si ritrovano quelli relativi alle obbligazioni divisibili e indivisibili. Tali obbligazioni sono diverse dalle solidali propriamente dette. In taluni casi però vengono regolate cogl'istessi principj. Le regole essenziali, intorno alle obbligazioni divisibili e indivisibili, sono registrate in questa sezione. Si comprenderanno con maggiore facilità, quando si conosca bene quanto ha scritto Pothier, nel suo *Trattato dell'obbligazioni*, parte 3, cap. 4, ov'egli discute con molta precisione, e con utili modificazioni, l'aureo Trattato di Dumoulin, *de dividuo et individuo*. Io debbo limitarmi principalmente alle conseguenze della solidarietà dell'ipoteca, e soprattutto per quel che concerne la sua indivisibilità.

Tre sono i punti essenziali sopra i quali sorgono delle questioni riguardanti questa indivisibilità: la prima è in ordine alle azioni ipotecarie, in virtù di cui gli eredi de'debitori solidalmente obbligati, possono essere convenuti: la seconda si riferisce alle azioni ipotecarie che possonsi esercitare contra qualunque possessore de'fondi ipotecati, indipendentemente da qualunque obbligazione personale, soprattutto se trattasi di riscuotere il pagamento de'canoni e censi che gravitano sopra i fondi; la terza ha per oggetto i casi ne' quali le ipoteche generali concorrono colle speciali sugl'istessi immobili.

Gli eredi del debitore non possono essere convenuti se non personalmente per la loro parte e porzione, e ipotecariamente per l'intero. Fondamento di questa regola.

170. Stimo dovermi limitare a determinar l'azione che si può esercitare, tanto personalmente, quanto ipotecariamente, contra gli eredi del debitore. Bisogna rimontare a' principj, giacchè deggio confessare che gli scrittori, in generale, hanno presentato come regole quel ch'era l'effetto delle regole medesime.

Un erede non può giammai essere tenuto che personalmente per i debiti

del defunto, e non per il mezzo ipotecario sopra i beni suoi proprj. La ragione è assai semplice: un debitore giammai potè obbligare i beni dei suoi eredi, ma i proprj. Non si può obbligare se non quel' ch'è suo. *Ea*, dice la legge 29, ff. *de pign. et hypot.*, *quae ex bonis defuncti non fuerunt*, *sed postea ab haerede ejus*, *ex alia causa*, *acquisita sunt*, *vindicari non possunt a creditore testatoris*. Ciocchè fece dire a Bartolo intorno a questa legge: *Obligatio facta a defuncto non porrigitur ad bona ejus haeredis.* Ma per quel che riguarda l'azione ipotecaria, essa si può esercitare contra gli eredi sopra i beni ereditarj ipotecati, e contra ognuno di essi, quando ne sono in possesso. Quest'azione si può esercitare per la totalità del credito, o pel residuo, piccola che sia la parte de' beni ipotecati. Ciò è una conseguenza della indivisibilità dell' ipoteca. *Est tota in toto*, *et tota in qualibet parte.* Tali sono le basi dell' antica regola, confermata dall'art. 873 del Codice civile, che *gli eredi sono tenuti a' debiti e pesi della successione*, *personalmente A MISURA DELLA LOR PARTE E PORZIONE VIRILE E IPOTECARIAMENTE PER L'INTERO*.

Pothier, al *Trattato dell'obbligazioni*, n. 299 e 300, fa nascere la divisione del debito tra gli eredi del debitore, dalla divisione del credito tra gli eredi del creditore. Ma non mi pare che un tal ragionamento sia proprio a dare idee molto esatte. La divisione tra gli eredi del creditore dipende dall' essere essi altrettanti proprietarj particolari del credito, ciascuno per la sua parte. L'esercizio del diritto istesso del quale ne sono investiti dalla legge, esige una tale divisione: *Nomina pleno jure dividuntur.* Ma la divisione del debito tra gli eredi del debitore, astrazion fatta dall' ipoteca imposta vivente il defunto, sopra questi beni, dipende dal principio che il defunto non ha potuto ipotecare gl'immobili de'suoi eredi. Da quanto riporta Pothier, non altro ne deriva, se non, com' egli medesimo lo dice, che ciascuno degli eredi del creditore non può dimandare che la sua porzione del credito, meno che non abbia una procura de' suoi coeredi, e che ciascuno degli eredi del debitore si può liberare offrendo la sua porzione del debito.

Si vede bene che se una persona ha contratta una obbligazione solidale con altre, in modo che il creditore potesse reclamare contro di lui la totalità della somma, questo creditore potrebbe egualmente chiedere questa totalità agli eredi di quella tale persona, giacchè tutti sono tenuti del fatto di essa: ma, in quanto alla totalità del credito, non vi sarebbe contro di essi che l'azione personale, ciascuno per la loro parte e porzione (val quanto dire per la loro porzione ereditaria), e l'azione ipotecaria *pel tutto* , riguardo a' fondi ipotecati al creditore, di cui essi ne avessero il possesso, o che fossero rica-

duti nella loro quota. Questa azione contra tali eredi, non avrebbe intanto luogo che colla riserva delle loro ragioni contra i loro coeredi, e contra gli eredi degli altri debitori solidali.

Si conosce del pari che le obbligazioni di coloro che succedono agli eredi del debitore, pria della soddisfazione del credito, sono regolate nell'istessa guisa, in quanto a' creditori delle obbligazioni dirette degli eredi a' quali essi sono succeduti. Tutto ciò è molto bene spiegato dal sig. Chabot (de l'Allier) nel suo commentario sull' art. 873 del Codice civile relativo al titolo *delle successioni*.

Di alcuni statuti che avevano una legislazione contraria. Osservazioni intorno alla questione della retroattività.

171. Vi era intanto alcuni statuti ne' quali, in virtù di una legislazione particolare, si praticava un uso diverso relativamente alle obbligazioni degli eredi. Lo statuto d' Amiens (art. 159) e quelli di Sens e di Melun, ammettevano la solidarietà anche personale, contra gli eredi del debitore in vantaggio de' creditori, salvo il regresso degli eredi fra loro. Ciò non è tutto. In Normandìa il solo fatto dell' accettazione della eredità del debitore, imponeva agli eredi l'obbligo personale e solidale di pagare tutti i debiti del defunto, presumendosi che ciascun erede fosse succeduto solo, e gli veniva imposta l' obbligazione di soddisfare la totalità dei debiti ereditarj, restandogli salvo il regresso contra i suoi coeredi per quello che eccedeva la sua quota del debito. Viene ciò attestato da Basnage, cap. 4, n. 2, cap. 9 e 13. Era questo il risultato dell' art. 130 di un regolamento del 1666, conosciuto sotto il nome di *placités* di Normandìa, che aveva forza di legge. Non senza ragione questa legislazione veniva acremente censurata. Essa è contraria all' antico principio generalmente riconosciuto, che un debitore non puole ipotecare i beni del suo erede. Questi si può sottrarre all' obbligazione che ha di pagare i debiti, ripudiando l' eredità che n' è affetta, ed accettandola non si può obbligare se non per la porzione sulla quale cade l'adizione, almeno per quel che riguarda l' adizione personale. Questi sono i primi elementi della giustizia: ed il pubblico vantaggio richiede che si facilitino le adizioni di eredità invece di confonderle.

Ma per tali consuetidini può elevarsi una controversia di retroattività intorno agli effetti di una tale legislazione. Si concepisce bene che bisogna seguirla contra gli eredi, quando la successione si è aperta antecedentemente alla promulgazione del Codice civile, altrimenti si darebbe alla disposizione

del mentovato Codice un effetto retroattivo. Su questo tenore ho rimarcato un decreto della Corte di cassazione de' 2 febbraio 1813, riportato da Denevers, anno 1815, pag. 543, che ha applicato il regolamento di Normandìa, per una eredità apertasi nel maggio del 1792, ad un erede, che, sebbene avesse de' coeredi, fu solo convenuto, e solidalmente per il pagamento di una rendita. Ma quando si tratta di una obbligazione formata, antecedentemente alla promulgazione del Codice civile, da colui che muore dopo la medesima, vi è luogo a credere che i di lui eredi non debbano essere sottoposti alle azioni, a motivo de'suoi debiti, se non uniformemente alle disposizioni del Codice civile. Allora non vi è retroattività, perchè è massima che le leggi le quali debbono regolare i diritti, le qualità e le obbligazioni degli eredi, sono precisamente quelle vigenti all'epoca dell'apertura della successione. Il cangiamento di una legge non dipende per niente dal fatto degli eredi.

L'erede del debitore si può esimere dall'azione ipotecaria coll'abbandono del fondo ipotecato.

172. Da quanto si è detto intorno alla natura delle obbligazioni degli eredi, relative al pagamento de'debiti, deriva che, siccome uno degli eredi del debitore che non possedesse alcun immobile della eredità, non sarebbe esposto ad alcuna azione ipotecaria, ma solo ad un'azione personale, in proporzione alla sua quota della successione; così egualmente, se questo erede abbandona il fondo ricadutogli nella sua quota, in caso che vi fosse stata una divisione, o che si ritrovasse del pari nell'eredità indivisa, in tal caso egli è disonerato da qualunque azione ipotecaria. Accade questo, perchè è della natura di tale azione puramente reale, e che ha per oggetto di costringere il debitore al rilascio degli immobili ipotecati, il non potersi esperimentare se non contro di coloro che li posseggono, e che possono rilasciarli. In tal caso non altro resta contra l'erede che l'azione personale. Ciò viene insegnato da Pothier, nel suo *Trattato delle successioni*, cap. 5, art. 4. Egli fortemente si pronunziò contra un antico uso seguito fin dal tempo di Loyseau, il quale, in conseguenza di ciò, avea emessa una opinione opposta. È indubitato che l'opinione di Pothier era quella che generalmente si seguiva in giurisprudenza. Perlochè questo sagace scrittore che tratta siffatta questione con molto lume, (*Introd. al tit.* 20 *dello Statuto d' Orléans* num. 72) dice che erasi ritornato ai principj da lui esposti, abbandonandosi quelli di Loyseau. Finalmente ecco quanto è stato

giudicato per massima generale con decreto della Corte di cassazione de'26 vendemmiaio anno 11, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 88. Per verità un tale decreto fu emanato, in conformità degli antichi principj dello Statuto di Parigi; ma sarà cosa facile il conoscere che tali principj sono precisamente quelli del Codice civile. « Considerando, si dice ne' motivi del decreto, che il coerede non essendo obbligato verso il creditore solidalmente ed ipotecariamente, per la totalità del debito, *se non a causa di un tal possesso*, così, la sua obbligazione per l'intero finisce dall'istante nel quale cessa il suo possesso, sia per *abbandono*, sia per *vendita forzata*, o per *vendita volontaria*, ciocchè non porta punto pregiudizio al creditore, giacchè egli ha sempre azione sopra la cosa, e contra il possessore di essa, colla facoltà di porla all'incanto. ».

Così l'erede, rispetto al rilascio ipotecario, si trova nel caso degli art. 2168, 2169, 2170, 2172 e 2173 del Codice civile. Per verità gli art. 2170 e 2172 non accordano la facoltà di rilasciare, per virtù dell'ipoteca, se non al terzo possessore che non *è personalmente obbligato al debito*: e si potrebbe dire che un tal obbligo personale esiste contra l'erede: ma siffatta obbligazione non sarebbe fondata. La legge ha inteso parlare di una obbligazione contratta da un terzo, in conseguenza di una particolare convenzione. Ora un erede non si può considerare sotto questo rapporto. La sua obbligazione è soltanto un effetto della sua qualità di erede, nella quale non si può vedere un'obbligazione propriamente detta; giacchè egli non dee tutto il debito, come il dovrebbe colui che avesse personalmente contratta l'obbligazione; e perchè egli ancora non dee che una parte principalmente stabilita dalla legge. Ond'essere privato della facoltà di abbandonare l'ipoteca, si richiede un contratto che derivi da una volontà particolare e precisa, e che imponga un'obbligazione nel proprio nome.

Si può l'erede sottrarre all'azione ipotecaria col mezzo del rilascio, anche quando fosse stato condannato ipotecariamente per l'intero. Egli può far uso del beneficio della discussione.

173. Per una conseguenza di siffatti principj l'erede, essendo nella categoria di ogni terzo possessore, ed avendo soddisfatto alla legge col pagare la sua porzione personale come erede, può, in conseguenza dell'art. 2173, rilasciare, per effetto dell'ipoteca, gl'immobili da lui posseduti, pervenutigli dalla successione, anche se fosse stato condannato ipotecariamente per la totalità del credito. Vi è ancor di più: l'erede che ha pagata la sua

quota del debito, e che possedesse i fondi provenienti dall' eredità, non dovendo allora essere riguardato che come semplice possessore, secondo ciò che si disse, potrebbe, secondo l'art. 2170, impedire che tali fondi si vendessero in suo pregiudizio, fino a che non si fosse discusso degli altri beni dell' eredità posseduti dagli altri eredi. Questi allora, in faccia a lui, tengono luogo di principali obbligati, dei quali parlasi nell' art. 2170. Tale è l' avviso del sig. Chabot (de l'Allier), sull' art. 873 del Codice civile. Dopo di avervi riflettuto, e dopo il nuovo sviluppo che ho dato alla questione, mi è impossibile di non adottare la sua opinione.

Del regresso d' uno degli eredi che ha pagato il debito, contra gli altri.

174. L' erede che, in virtù dell' ipoteca imposta sopra i fondi della successione da lui posseduti, è stato obbligato a pagare più della sua porzione personale, ha un regresso, per questo dipiù, contra i suoi coeredi, del pari che contra i legatarj universali, secondo le loro rispettive porzioni. Tanto prescrive l' articolo 873.

La maniera come regolarsi per un tal regresso ci viene somministrata dagli art. 875 e 876. « Il coerede o successore a titolo universale, dice l' art. 875, che in forza d' ipoteca ha pagato oltre la sua parte di un debito comune, non ha regresso contra gli altri coeredi o successori a titolo universale, fuorchè per quella parte che ciascheduno di essi dee personalmente sostenere, quando anche il coerede che ha pagato il debito *siasi fatto surrogare ne' diritti dei creditori*, senza pregiudizio però delle ragioni di un coerede il quale, in forza del beneficio dell' inventario, abbia conservato la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore, il pagamento del suo credito personale. » L' art. 876 dice « In caso d'insolvibilità di un coerede o successore a titolo universale, la sua tangente nel debito ipotecario è ripartita sopra tutti gli altri proporzionatamente ».

Erano questi gli antichi principj insegnati da Pothier sull' art. 338 dello Statuto di Orléans, al quale le disposizioni del Codice civile sonosi uniformate. Egli spiega assai bene il motivo che ha fatto escludere la solidarietà fra' coeredi, anche quando, quello fra essi che avesse pagato al di là della sua porzione, si fosse fatto surrogare nei diritti del creditore. Intanto il sig. Chabot, sull' art. 875 n.° 1, fa un'osservazione giudiziosa: egli dice che la surroga che ha l' erede obbligato a pagare la totalità del debito, non gli è del tutto inutile. Se non può trarre profitto dall' ipoteca che appartenea al creditore, onde costringere ciascuno degli eredi ipotecariamente per l'intero,

può almeno giovarsene affin di costringere, sopra i beni gravati, ciascuno de' possessori per la sua parte e porzione: ciocchè gli dà sopra tali beni la preferenza sopra i creditori chirografarj.

Quanto all'eccezione fatta nell' ultima disposizione dell'art. 875, rispetto all'erede beneficiato, essa deducesi dall' art. 802 del Codice civile. Questo erede non confondendo i suoi proprj beni con quelli dell' eredità, può, come potrebbe farlo un estraneo, ripetere per intero il pagamento sborsato per l'eredità, come del pari i crediti personali che avesse egli rappresentati contra il defunto. Egli può domandare un tal pagamento, tanto coll'azione personale, che colla ipotecaria.

Dell' erede puro è semplice che nel tempo istesso è creditore personale e ipotecario del defunto.

175. Ma decsi seguire quanto ho detto nel caso in cui uno degli eredi, anche puro e semplice, fosse personalmente debitore del defunto pria dell' apertura della successione? In tal caso questo erede può forse costringere i suoi coeredi, egualmente possessori de'beni ereditarj, non solo per la loro parte e porzione del debito, ma anche ipotecariamente e per l'intero, defalcandone la sua tangente, in proporzione della confusione avvenuta nella sua persona, ed inoltre la parte ch' egli dovrebbe pagare, per la insolvibilità di uno o più de'suoi coeredi? Questa questione era stata acremente dibattuta fra Lebrun, *delle successioni*, lib. 4, cap. 2, sez. 1, n.° 43, ed il suo annotatore; ed in seguito lo fu tra Toullier e Chabot. Quest' ultimo è per l'affermativa. Io deggio soggiungere che Pothier, nota 2 sull' art. 350 dello Statuto d' Orléans, si appigliò alla negativa. A me sembra che un tal caso non è più quell' istesso preveduto dall'art. 875 del Codice. In questo articolo non trattasi che del coerede divenuto creditore, dopo di essersi dato luogo alla successione, per acquisto o surroga; ed, in questa ipotesi, egli viene escluso dall' azione solidale ipotecaria, a causa della sua qualità di uno degli obbligati come erede, ciocchè lo assomiglia ad un socio che agirebbe contra i suoi socj; mentre nella specie, il coerede essendo stato creditore del defunto antecedentemente all'apertura della successione, esige il suo proprio credito e non dee perciò fare una surroga contra se stesso. Egli trovasi nel principio generale che i coeredi non confondono i loro diritti.

Un tal principio non si oppone per niente a quelli del Codice civile, che anzi esso viene corroborato dalla disposizione dell' art. 875 di questo Codice. Di fatti questo articolo parlando soltanto del coerede che si fa ce-

dere un credito, o che lo paga, dopo apertasi la successione, ne deriva che la sua disposizione è estranea nel caso di un credito, esistente in persona del coerede, mentre è vivo il defunto. Non si può estendere un caso all'altro, se avvi disuguaglianza di specie e motivi differenti onde decidere: è quindi difficile non adottare l'opinione di Chabot.

Ma deesi convenire che questa questione è quasi vana, ed è perciò che non entro in dettaglio. Di fatti la pretensione dell'erede, che trovasi nel caso presente, deesi promuovere pria della divisione dell'eredità; e allora, come osserva l'annotatore di Lebrun, qualunque credito che i coeredi possano vantare sopra l'*eredità*, *o per conto dell'eredità*, non hanno tra loro che un'azione di divisione. Questo non accaderebbe dunque, se non nel caso nel quale la domanda dell'erede fosse istituita, dopo fatta la divisione e non prima. Ma in tal caso, che avviene di rado, bisognerebbe seguire l'opinione di Lebrun che è appoggiata nella ragione e nei principj. Dessa è uniforme all'antica giurisprudenza, e non derogata dal Codice civile.

Della confusione che avviene nel caso della riunione delle qualità di debitore e creditore.

176. Quanto si disse della solidarietà tra'coeredi mi sembra bastante pel mio soggetto. Le altre questioni che si possono elevare, riguardano le obbligazioni in generale. Farò soltanto osservare la disposizione dell'art. 1301 del Codice civile, ove dicesi che la confusione, la quale ha luogo nella persona del *creditore* (1) non giova a' suoi condebitori solidali che per la porzione della quale era egli debitore.

Della solidarietà delle rendite fondiarie, e di quelle create anticamente.

177. Vengo ora a ciò che concerne la solidarietà delle rendite fondiarie. Bisogna distinguere quelle ch' esistevano anticamente, da quelle che sono state costituite dopo il Codice civile.

(1) Il sig. Paillet, osserva sopra questo art. 1301, che bisognava dire *debitore* invece di *creditore*; e che basta leggere l'articolo per restarne convinto. Si conosce che il legislatore ha voluto parlare del caso, nel quale, uno de'debitori solidali, diverrebbe erede del creditore. Il titolo di *creditore* si è potuto presentare, sulle prime allo spirito: ma la verità si è che sarebbe stato più esatto il dire *debitore*. Questa idea risulta dal modo col quale il sig. Maleville esprimesi sopra quest'articolo. Egli non fa però alcuna osservazione. La lettura di quanto dice Pothier, *dell'obbligazioni* n.° 609, finalmente facilita l'intelligenza di questo articolo 1301.

Rispetto alle prime, esse erano immobili, irredimibili di loro natura, a meno se non vi fosse stata una stipulazione contraria; e siffatta facoltà di redimerle si prescriveva col termine di trent'anni. Queste rendite erano suscettibili d'ipoteca, perchè rappresentavano i fondi: essi formavano un diritto reale che il proprietario serbavasi sopra il fondo coll'atto di concessione. Era della propria natura di un tal contratto che il censista non s'intendea obbligato se non per tutto il tempo che egli avrebbe posseduto i fondi; in modo che potea, a suo piacimento, esimersi dal pagamento de' censi, abbandonando i fondi medesimi, abbandono che, sotto l'impero delle antiche leggi, portava il titolo di *abbandono*. Non pertanto non ne veniva ammesso se pria non soddisfacea tutti gli arretrati dovuti durante il suo possesso, lasciando il fondo in buono stato con gli stabiliti miglioramenti.

Ma una tale facoltà di abbandonare avveniva molto di rado, giacchè ordinariamente stipulavasi, in danno del censista, la clausola *di garantire, fornire e far valere*. Risultava da questa clausola che il censo si dovea sempre corrispondere dal censista o da' suoi eredi. Nè soltanto veniva gravato dall'ipoteca il fondo censito per sicurezza del censo, ma egualmente tutti i beni del censista, in qualunque mano avessero fatto passaggio, dappoichè l'ipoteca, giusta l'antica legislazione, era generale: ed allora riproducevano tutti i principj, in ordine all'azione personale ed alla ipotecaria. Quindi si vedeva nascere moltissime difficoltà, onde determinare i casi nei quali queste due azioni si poteano esercitare.

In quanto a' terzi possessori de' fondi, quegli che non avea alcuna conoscenza del censo, potea evidentemente rilasciare il fondo, quando veniva convenuto per il pagamento. Una tal facoltà appartenea altresì al terzo possessore, il quale avesse acquistato il fondo col peso del censo, a menochè non gli si fossero fatte conoscere tutte le clausole, racchiuse nella concessione, dalle quali resultava l'inibizione di rilasciare, e che egli non si fosse obbligato specialmente di garantire il censista ed i suoi eredi dell'effetto di tali clausole. L'abbandono non rendea perciò il creditore del censo proprietario del fondo. Egli non lo diveniva se non risolvendo il contratto in danno del censista e dei suoi eredi. Potea egli del pari intimar loro l'abbandono, e farli condannare a continuare il pagamento del censo. Io qui espongo soltanto una leggiera idea dei principj sopra questo riguardo. Essi però si trovano estesamente sviluppati da Loyseau, nel suo Trattato dell' *abbandono*, come ancora in parecchi altri scrittori più moderni, e particolarmente in Pothier, *Introd. al titolo* 19 *dello Statuto d'Orléans* cap. 2.

Ma questa materia ha sofferto molti cambiamenti per le due leggi, la prima de'29 dicembre 1790, l'altra de'20 agosto 1792. L'una dichiara redimibili tutti i censi; la seconda, tit. 2, dichiara l'estinzione della solidarietà dell'ipoteca, alla quale venivano sottoposte dalle leggi anteriori. Intanto bisogna, senz'altro osservare, che questa estinzione di solidarietà è sottoposta alla condizione di una verificazione fatta in contradizione del creditore del censo e coloro che posseggono divisamente i fondi gravati. Siffatta verificazione deve avere per risultato la determinazione delle porzioni dei fondi censiti che ciascuno deve possedere per l'avvenire, e la tangente del censo che dev'essere imposto su ciascuna delle porzioni. È soltanto dopo una tale operazione, la quale si eseguisce a spese de'censisti, che la solidarietà si estingue. Da questo momento, qualunque possessore dee principalmente la sua tangente del censo. Quella di ciascuno degli altri possessori cessa di essere suo debito. Niuno può essere costretto per questa porzione nè personalmente nè ipotecariamente. La divisione del fondo sottoposto al censo, importa la divisione dell'azione contra le persone, e nel tempo medesimo l'estinzione della solidarietà ipotecaria. Faccio questa osservazione, perchè ho veduto elevarsi de'dubbj su tale proposito. Ma fintanto che l'operazione che ho indicato non avviene, gli antichi principj, relativi al modo di astringere i censisti, debbono essere eseguiti. Bisogna osservare che queste misure sono state dichiarate comuni a'censi dovuti al tesoro pubblico, secondo un avviso del Consiglio di stato de'23 fruttidoro anno 12.

Il risultato di queste leggi è stato di sfigurare del tutto queste rendite. I censi sono divenuti poi cose puramente mobili. L'ipoteca che ne formava la garanzia, si è dovuta conservare con il mezzo della iscrizione, come per ogni altro credito. Su questo soggetto mi sono pur troppo spiegato nel §. precedente, n. 161.

Delle solidarietà delle rendite fondiarie create dopo il Codice civile.

178. Per quel che riguarda i censi stabiliti dopo il Codice civile, essi non si possono paragonare agli antichi de'quali ho parlato. Essi non sono suscettibili d'ipoteca, come feci conoscere nel §. precedente, n. 160. La Corte reale di Nimes esprimevasi con molta precisione, nel dire, nella sua decisione de'23 frimaio anno 4, poco fa da me citata, che: « il cessionario di un immobile che fu o sarà dato a censo, ne conserva attualmente la proprietà, *il dominio*, e che il proprietario della rendita non ha che un credito mobiliare sull'immobile censito; che costui devesi iscrivere sopra

i beni del suo debitore, e che non ha altra strada se non quella della espropriazione: che egli per verità non è altro che un creditore di un debito inesigibile; ma nel caso preveduto, dall'art. 2184 del Codice, è autorizzato a reclamare la somma capitale del suo credito. » Queste proposizioni formano altrettanti principj le cui conseguenze sono facili a dedursi. Ora non si può ulteriormente questionare di abbandono propriamente detto, ma soltanto di rilascio per effetto dell' ipoteca, nel caso che ha luogo per legge.

È cosa essenziale però il rimarcare che le misure stabilite dalla legge, de' 20 agosto 1792, onde distruggere la solidarietà che aveva luogo pe'censi antichi, e che io spiegai nel numero precedente, non sarebbero ammissibili per i censi stabiliti dopo il Codice civile: Tali misure erano straordinarie, come pure fuori del diritto comune, e non si possono estendere su quanto è stato fatto sotto l' impero del Codice, che è concepito con idee differenti, in modo che i principj di solidarietà, fissati dal Codice, si debbono seguire relativamente a questi censi, per tutto il tempo della loro durata, come per tutti gli altri crediti ipotecarj. Una tale opinione si fonderebbe egualmente per quei censi costituiti nell' intervallo che passa fra la legge de' 20 agosto 1792, e la promulgazione del Codice civile. Non v' è alcuna legge che impediva allora la costituzione di questi censi. L' art. 1 della legge de' 29 dicembre 1790 proibiva sol di crearne per l' avvenire delle non *rimborsabili*. Il sig. Merlin, *Repertorio di giurisprudenza* alla parola *Rendita fondiaria*, §. 2, art. 1, n. 7, cita alcune leggi promulgate in quell' intervallo di tempo, che autorizzano i comuni a formarne delle simili, colla semplice facoltà della ricompra; e, all'art. 2, lo stesso scrittore, dopo aver riportate le disposizioni della legge de' 20 agosto 1792, relative alla maniera di esimersi dalla solidarietà, dice, con ragione, che quelle disposizioni non sono applicabili a' censi creati dopo questa legge.

Delle diverse difficoltà prodotte dal principio della indivisibilità dell'ipoteca, e soprattutto il concorso delle ipoteche generali colle speciali. Primo esempio.

179. Passo al terzo oggetto annunziato come uno de' più rilevanti sopra l' indivisibilità dell' ipoteca. In conseguenza di questo principio d'indivisibilità sonosi elevate parecchie difficoltà, la cui soluzione è sembrata imbarazzante: parlo del caso nel quale le ipoteche generali sopra gl'immobili concorrono con l'ipoteche speciali. Onde discutere più metodicamente

le questioni che tali difficoltà possono far nascere, io le tratterò successivamente, e presenterò degli esempj ai quali applicherò dei principj che gli riguardano.

Primo Esempio. Un creditore ha un' ipoteca generale, sia legale, sia giudiciale, su due fondi che appartengono ad una sola persona, esistenti in due diversi circondarj. Un altro ha un'ipoteca speciale, ma solo sopra uno di questi due fondi e posteriore alla prima. Si apre una graduatoria per la espropriazione del fondo gravato d' ipoteca speciale. Si pone fine alla graduatoria, ed il creditore con ipoteca generale assorbe la totalità del prezzo da essere distribuito. In seguito un giudizio di ordine apresi per la espropriazione del fondo situato nell'altro circondario; il creditore dell'ipoteca speciale sul primo fondo, il cui prezzo è assorbito, e che da quest'istante è rimasto senza effetto, ha egli un diritto sopra il valore del secondo fondo che deesi distribuire tra i creditori che hanno dell'ipoteche speciali su questo istesso fondo? Questo creditore può egli far valere, in forma di surroga, i diritti che avrebbe potuto esercitare sull'altro fondo, come sul primo, il creditore che aveva l'ipoteca generale anteriore e che l'ha fatta gravitare per intero sopra il primo fondo? In altri termini, il creditore che conserva un'ipoteca generale, può egli, a suo piacimento, esigere, per esercitarla per intero, uno dei fondi del debitore, qualunque sia il torto che da questa scelta resulta a'creditori che hanno ipoteche speciali sopra questo fondo, e che non ne hanno sugli altri che sono ancora soggetti d'ipoteche speciali?

Il sig. Tarrible ha trattato questa controversia nel suo articolo *Trascrizione*, inserito nel *Repertorio di giurisprudenza*, §. 6, n. 5. Il caso da lui preveduto non è precisamente l'istesso, ma è talmente simile che è del tutto suscettibile de'principj, dei quali è capace quello di cui mi occupo. Se mi attengo a questo, egli è perchè l'ho veduto presentare alla Corte reale di Riom. Il sig. Tarrible tratta la questione coll' ordinaria sua sagacità; e vivamente penetrato del torto che resulta, da questo stato di cose, per il creditore con ipoteca speciale vinto dall' ipoteca generale, cerca un mezzo di equità che si possa concordare coi principj del diritto per renderlo indenne. Dopo qualche tentativo egli crede di trovare questo mezzo, almeno per analogia, negli articoli 540 e 541 del Codice di commercio, finisce per concludere che, « nel caso supposto, il creditore con ipoteca convenzionale sopra il primo fondo venduto, *dovrà acquistare una surroga legale* a' diritti del creditore giudiciale sopra gli altri fondi del debitore, fino alla concorrenza della porzione di contributo, cui ciascun

fondo avrebbe dovuto andar soggetto nel debito giudiciale giusta la proporzione de'loro respettivi valori. »

Ad onta della mia deferenza per le opinioni di questo magistrato, a me pare essere impossibile che questa possa essere ammessa. Non veggo come il creditore vinto nella prima graduatoria dalla preferenza dovuta al creditore la cui ipoteca è legale o giudiciale, possa far valere alcuna surroga a' diritti di quest'ultimo. Non vi è che due specie di surroga cioè, *la legale* e la *convenzionale*. Tale è il risultato degli art. 1249, 1250 e 1251 del Codice civile, e si vede bene che, nel nostro caso, non vi è alcune di queste surroghe.

Dagli articoli del Codice di commercio, che il sig. Tarrible ha invocato, non se ne deduce alcuna conseguenza, nè anche per analogia. Il risultato di questi articoli è che, quando in caso di fallimento del debitore, i creditori ipotecarj hanno partecipato al reparto del prezzo ricavato dalla vendita dei beni mobili, in proprozione de' loro crediti, in concorso coi creditori chirografarj, e che vengono in seguito al reparto del prezzo della vendita degli immobili ipotecati, i creditori ipotecarj, che saranno utilmente collocati per la totalità dei loro crediti, dovranno dedurne ciò che hanno ricevuto dal'a massa chirografaria. La legge prescrive la revisione delle somme dedotte alla massa chirografaria, in profitto della quale saranno distribuite. Ora, questa disposizione dipende da principj del tutto estranei alla presente questione. Se un debitore fallito lascia de' beni mobili e degli immobili soggetti ad ipoteche, tutta la sua fortuna si divide naturalmente in due masse, quella del mobiliare, e quella dell'immobiliare. I diritti de'creditori sopra queste due masse non sono gli stessi. I creditori ipotecarj possono esercitare i loro diritti sopra i beni mobili, in concorso dei creditori chirografarj, ognuno secondo la sua porzione, quando la ripartizione del danaro, avutosi dalla vendita de'beni mobili, precede la distribuzione del prezzo della vendita de' beni immobili. La ragione si è, che tutti i beni del debitore, di qualunque natura sieno, restano obbligati, ed essi non possono essere costretti ad attendere, onde avere tutto o parte di quanto è loro dovuto, la graduatoria sopra il prezzo ricavato dalla vendita de' beni immobili, il cui destino è incerto. Ma non è men vero che la massa dei beni mobili è una massa distinta, sulla quale i creditori chirografarj hanno un diritto simile a quello de' creditori ipotecarj, e tutti vi debbono concorrere per contributo, mentre i soli creditori ipotecarj hanno diritto sopra gli stabili, ed anche se il valore di questi fondi non viene del tutto assorbito da' creditori ipotecarj, i chirografarj si dividono quanto resta, ma sempre per contributo. Or, bisogna

far attenzione che la reversione prescritta dall' articolo 541 del Codice di commercio alla massa chirografaria, nel caso ivi preveduto, non è che una conseguenza immediata del diritto che hanno i creditori chirografarj sopra questa massa. Un tal diritto lo ripetono da loro medesimi, ed essendo inerente alla loro qualità di creditori, non dimandano nè prendono se non ciò che loro appartiene. Essi non hanno bisogno d'invocare, e di fatto non invocano, alcuna specie di surroga. Intanto il sig. Tarrible sostiene che « questa reversione non può avere altro fondamento se non che in *una specie di surroga legale*, che operasi di diritto, a vantaggio della massa chirografaria, o de' creditori che essa rappresenta, per indennizzarli ec. » Ma questa maggiore dell' argomento è priva di fondamento, poichè snatura un diritto coll'altro, e quindi la conseguenza è falsa.

D'altronde, la surroga che forma la base dell' opinione del sig. Tarrible è inconcepibile. Quando procedesi alla graduatoria sopra il prezzo della vendita che è stato assorbito dal creditore, il quale ha l'ipoteca generale, e senza che vi prendano parte i creditori i quali hanno l'ipoteca sopra l' altro immobile su cui il creditore, che è stato vinto nella prima graduatoria, non ha ipoteca speciale, in questo caso non resta altro da farsi. Vi è ancor di più: il creditore che ha l'ipoteca speciale può essere pagato in virtù della sua collocazione, ed allora la sua ipoteca viene radiata. Non vi esiste dunque nè più diritto nè più credito. E come mai uno potrebbe essere surrogato a ciò che non esiste? Si concepisce ancora, che i creditori iscritti sul secondo fondo sopra il quale verrebbe ad esercitare i suoi diritti il creditore iscritto soltanto sul primo immobile, e la cui iscrizione sarebbe rimasta senza effetto, si troverebbero nella impossibilità di esaminare se quanto si è operato nella prima graduatoria sia legale, o nò: se il creditore vinto da quello che avea un' ipoteca generale, abbia invigilato o nò alla conservazione de' suoi diritti. Non si potrebbero più formare opposizioni per parte de'terzi, nè si sarebbe più al caso di esaminare se egli potea fare una nuova offerta sopra il fondo venduto per accrescere il valore del pegno de' creditori. Ecco altrettante subordinate riflessioni che vengono in appoggio del mezzo di diritto che elevasi contra l'opinione pel sig. Tarrible, mezzo che sarebbe d' altronde da sè solo decisivo.

Comunque sia, non si puole neppur dire che la legge attuale presenti, rispetto a ciò, delle lacune. Indicando i mezzi onde stabilire le ipoteche, ella fa conoscere i pericoli che possono incorrersi. Il creditore, nel caso in questione, deve incolpare sè medesimo di non avere estesa la sua ipo-

teca rendendola generale. Dico che potea renderla *generale* col fatto, comprendendo nell' ipoteca nominativamente, e specialmente tutti i fondi del debitore, o la maggior parte almeno de'medesimi. Ha dovuto egli prevedere che coloro che lo vincevano, in virtù di un'ipoteca legale e giudiciale, potrebbero esercitare tali ipoteche, secondo il principio della indivisibilità, sopra quel fondo su del quale egli si contentava di un' ipoteca speciale. In una parola, nell' art. 2115 del Codice civile, dicesi che l' ipoteca non ha luogo, fuorchè ne'casi e secondo le forme autorizzate dalla legge. Or, la legge non autorizza l' ipoteca in virtù della surroga, almeno nel caso in questione, e colui che usa del diritto della indivisibilità non presumesi che commetta una frode.

Io non mi fonderò sulla decisione della Corte reale di Riom, resa nella specie da me indicata, tra il sig. Paultrier, ed il sig. Leymerie ed altri, il 2 dicembre 1819, giacchè dessa non ha giudicata precisamente la questione. La Corte determinossi per circostanze particolari. Ciò non ostante, osserverò che ne resulta la conferma della sentenza del tribunale civile d' Issengeaux, de'30 novembre 1818, che, in diritto, avea rigettata una dimanda di surroga avanzata dal sig. Paultrier, nel senso della opinione del sig. Tarrible, sopra della quale egli fondavasi. Intanto convien osservare che uno de'motivi della decisione della Corte reale era, che il sig. Paultrier avrebbe dovuto domandare al tribunale di Saint-Étienne, ove erasi formata la prima graduatoria, la surroga a' diritti del creditore, le cui ipoteche erano generali, ed erano preferite. Ma da quanto si è detto scorgesi che la questione, cioè se la surroga potea essergli accordata, non sarebbe stata senza grande difficoltà. Possono forse i tribunali ordinare una surroga non autorizzata da alcuna legge? poichè una tal surroga non resulta in alcun modo dall' art. 1251 del Codice civile.

Del resto, tutte queste difficoltà non avverrebbero, se quegli che presta ad un marito, o ad un tutore, volesse prendere tutte le precauzioni suggerite dalla legge per la sua sicurezza; egli allora non correrebbe alcun pericolo. Siffatte precauzioni sono semplicissime, poichè consistono in una riduzione d' ipoteca che si esigerebbe dal marito o dal tutore con cui si è contrattato. Vi sarebbero allora de' beni liberi ed esenti da qualsiasi ipoteca. Questi beni sarebbero conosciuti, e l'ipoteca, che verrebbe presa sopra di essi, sarebbe al sicuro da ogni attacco. Ripeto qui quanto io dico in qualche altro luogo di questo Trattato, cioè che, seguendo la legge, i rischi spariscono, e che bisogna imputare a sè stesso se non si sono adoprati i mezzi da essa suggeriti.

Soggiungo parimente, che il creditore, il quale fosse vinto per sua colpa, potrebbe ripararla sodisfacendo il credito che vanta un'ipoteca legale o giudiciale, credito così pericoloso per lui. Un tal pagamento produrrebbe una surroga legale secondo l'art. 1251, §. 1 del Codice civile. Ma la riduzione delle ipoteche domandate dal creditore prima di contrarre, è il mezzo più semplice e più facile, mentre qualche volta le circostanze economiche del creditore, con ipoteca speciale, non gli permetterebbero di sodisfare il credito con ipoteca generale, per quindi ottenerne surroga legale. In quanto al vantaggio che dipende dalla riduzione delle ipoteche legali, io ho indicato solamente il caso di colui che presterebbe ad un marito o ad un tutore. Io non parlo del caso di colui che volesse acquistare il fondo dall'uno o dall'altro, giacchè egli ha un mezzo che manca al creditore, come sarebbe quello di poterlo purgare da tali ipoteche ritenendosi, per la concorrente quantità, una parte del valore della compra.

180. *Secondo esempio.* Intanto, se dal prezzo ricavato dalla vendita de'fondi del debitore, si fosse fatto un sol giudicio di graduatoria, innanzi ad un solo tribunale, e tra i suoi creditori riuniti in massa, alcuni de'quali con ipoteche generali, sieno legali, o giudiciali, ed altri con ipoteche speciali vinte dalle prime, si potrebbe allora adottare un temperamento che conciliasse, per quanto è possibile, tutti gl'interessi; e ben si ravvisa che bisogna sempre, quando i principj lo permettono, ricorrere a'rimedj suggeriti da un sentimento di giustizia e di equità. In Sirey, tom. 17, II part., pag. 397, si legge una decisione della Corte reale di Parigi, de'31 agosto 1810, che può servir di norma in questa difficoltà.

Eccone la specie. La vedova della Rochefoucauld occupa col suo privilegio, come venditrice, tutti o la maggior parte de'beni di un certo Guesson, il che non rilevasi chiaramente dalla decisione, ma che del resto è indifferente per la causa. Il sig. Guesson, dopo lo stabilimento del privilegio, accordò molte ipoteche speciali ad un gran numero di creditori. Questi procederono a pignoramento e vendita di tutti i fondi di lui. Un giudizio di graduatoria fu aperto avanti il tribunale di prima istanza di Parigi. La signora Rochefoucauld, che avea provveduto alla conservazione del suo privilegio, il quale gravitava sopra molti fondi, indicò quello sul quale voleva che cadesse la sua collocazione per intero. Ben si vede che ella avea diritto ed interesse a non essere pagata in parte, e con molti borderò di collocazione, salvo, diceasi, a'creditori di far figurare fittiziamente questo privilegio sul valore degli altri immobili, onde dividersi un tal valore proporzionatamente tra loro. Molte eccezioni si avanzarono tra

gli altri creditori riguardo a' loro crediti, ed è inutile che io le enumeri. Lo stesso credito della sig. Rochefoucauld ebbe qualche opposizione: ma in questa parte i creditori soccumbettero. Non sembra che si opponessero alle di lei conclusioni, ed alla fittizia reversione del suo privilegio, di cui ho parlato. Il tribunale di prima istanza, adottando tutti i mezzi della sig. Rochefoucauld, ordinò una tal reversione, e la decisione di appello confermò su di ciò la sentenza.

Dovrebbesi dire lo stesso quando, senza esservi de' creditori privilegiati, vi fossero de'creditori con ipoteca generale, i quali concorressero con quelli che avessero ipoteche speciali. Suppongo che questi creditori, alcuni de' quali con ipoteca generale ed altri con ipoteca speciale, si trovassero avanti al medesimo tribunale, per una graduatoria generale del prezzo avutosi dalla vendita di tutti i fondi del debitore, tanto se non si fosse aperta sulle prime che una graduazione sola, quanto se due se ne fossero aperte, ma unite insieme. Vedesi la differenza che passa fra questo esempio ed il primo. Nel primo si aprono due graduatorie non simultaneamente, ma successivamente ed in diversi tribunali. Terminata la prima graduatoria, in cui ha figurato il creditore con ipoteca speciale sul fondo venduto, ed il quale non ha potuto essere collocato, tutto è terminato: egli resta irrevocabilmente privato di qualunque diritto sopra altri fondi situati in un' altra provincia, sui quali non ha ipoteca speciale, o per cui apresi in seguito un'altra graduatoria; mentre, nel secondo esempio, non si apre che una sola graduatoria per tutti i fondi, avanti allo stesso tribunale: tutti i creditori sono presenti: così essi invigilano scambievolmente alla conservazione de'loro diritti. Niente osta perciò, che, in seguito delle diverse combinazioni che possono avvenire, si prendano quei mezzi atti a conciliare tutti gl'interessi delle parti: le circostanze facilitano l'uso di questi mezzi, il che non può accadere nel primo esempio.

181. *Terzo esempio.* È del pari, secondo queste idee, che fu emanata una decisione dalla Corte reale di Parigi, il 10 marzo 1809; ancorchè sia stata in una specie che presenta delle differenze rispetto a quella della decisione de' 31 agosto 1810, riportata da Sirey, anno 1809, parte 11, pag. 315. Nel 1789, l'Ospizio degl'incurabili di Parigi avea dato in affitto al sig. Paschal, durante la di lui vita, una casa e un territorio situato in Parigi. L'affitto si convenne per 1,600 franchi l'anno, col carico di fare molte importanti costruzioni sopra quel fondo. Tutti i beni presenti e futuri del sig. Paschal furono ipotecati per sicurezza della sua obbligazione. Egli vendè ai sig. Soubirau e Bertholc varj fondi, da quelli affittatigli dall'Ospizio.

Egli aveva adempiuto agli obblighi contratti con questo, in modo che i diritti dell' Ospizio e gli arretrati, che potevano essere dovuti, erano benissimo assicurati dallo stato degli immobili locati a vita. Parecchi di questi fondi eransi ceduti coll' obbligo di corrispondere la rendita dei 1,600 fr. Le vendite degli altri beni sottoposti all' ipoteca generale furono trascritte, e si aprì una graduatoria sopra il valore che ne resulterebbe. I creditori opposero all' Ospizio, che chiedeva di essere collocato, che i fondi i quali formavano l'oggetto della locazione a vita, per motivo delle costruzioni fattevi dal conduttore, davano un prodotto molto superiore all' annuo prezzo d' affitto; che perciò l' Ospizio, avendo nella sua casa un pegno sufficiente, non aveva interesse di essere collocato. Questa eccezione fu accolta colla decisione che confermò per questa parte la sentenza del tribunale di prima istanza. « Atteso che, dice la decisione, le case situate in Parigi, acquistate da Soubirau e Bertholе, non hanno giammai fatto parte de' fondi locati a vita dall'Ospizio a Paschal; che l' Ospizio ha un sufficiente pegno per essere sicuro dell' esecuzione delle clausole dell' affitto a vita, nelle costruzioni e rendite delle case fabbricate sopra i fondi locati, e sopra de' quali esso ha un *privilegio*, il che rende inutile l' esame della sua *ipoteca generale* sopra le case vendute a Berthole e Soubirau, giacchè esso non ha alcun interesse a loro riguardo, ec. » Fu quindi che una tal decisione, secondo il testo istesso che ne dà l' autore della Raccolta, ha giudicato che il creditore il quale ha un' ipoteca generale sopra i fondi del suo debitore, per sicurezza di tutte le clausole del contratto, e che ha inoltre un privilegio sopra determinati immobili (quando questi immobili gli danno un pegno più che sufficiente,) non deve essere graduato sopra il prezzo degli altri beni venduti.

Non pertanto non posso trascurare di osservare che le decisioni di questo genere derivano molto dalle circostanze; che il principio della generalità, e indivisibilità dell'ipoteca, devesi sempre rispettare; e che le restrizioni, le quali si farebbero, non si possono giustificare in altro modo, come nella specie della decisione de' 10 marzo 1809, se non col provare di avere il privilegio una sufficiente sicurezza sopra il valore e stato de' fondi sottoposti al pagamento del fitto, che si puol del pari combinare colla durata di questo medesimo pagamento. In sì fatte decisioni non vi è neanche una derogazione, propriamente detta, al principio della indivisibilità dell' ipoteca. Non si scorge che l' applicazione di un altro principio conservato in tutti i tempi dall'equità, che non deesi, cioè, tollerare l'esercizio di un diritto rigoroso, quando non giova a colui che l'ha esercitato, e apporta un nocumento considerevole ad un altro.

Del resto, onde non vulnerare il principio della indivisibilità dell'ipoteca, per la cui conservazione conviene sempre propendere, si potrebbe egualmente, secondo le circostanze, non liberare il prezzo a'creditori iscritti sopra i fondi su cui gravitasse l'ipoteca generale di colui che ha un privilegio sopra gli altri fondi, se non sotto la condizione di dar cauzione, e di conferire in seguito l'ammontare delle collocazioni, se il bisogno lo richiedesse. È questo un mezzo onde conciliare tutti gl'interessi, senza ledere il principio della indivisibilità.

Principio col quale si può rendere giustizia a tutti i creditori ipotecarj che sono in concorso. Quarto esempio.

182. Perchè si faccia giustizia a tutti i creditori ipotecarj, quantunque siavi concorrenza d'ipoteche legali o generali, con ipoteche speciali, non deesi seguire se non un principio assai semplice, ed è, come lo dissi nel discorso preliminare, che, secondo lo spirito e l'andamento della legge, non v'è alcuna cosa che proibisca al debitore, ancorchè i suoi beni sieno gravati da ipoteche legali o generali, di poterli del pari gravare d'ipoteche speciali, quando il debitore, o il creditore, sono nella credenza che i beni sieno sufficienti onde far fronte tanto alle prime ipoteche generali, quanto alle nuove ipoteche speciali (1). Così ancora, se non trattasi di ipoteche generali, niente impedisce al debitore di costituire successivamente sull'istesso fondo molte ipoteche speciali, quando è noto che il suo valore è sufficiente per tutti.

Nel secondo caso poi non possono insorgere difficoltà. Le ipoteche speciali prendono il loro grado a tenore dell'ordine delle date che hanno. Se i fondi non sono sufficienti, onde soddisfare l'ultima, il creditore deve imputare a sè medesimo la propria indolenza. Questo solo è sufficiente onde far conoscere l'utilità che vi è di avere la prima ipoteca speciale sopra di un fondo. Non fa perciò meraviglia se, quando si sborsa una somma ad una persona, coll'obbligo d'impiegarla, secondo talune circostanze, in compra d'immobili, o a mutuo con ipoteca, per lo più si conviene che l'impiego sia fatto *per la prima ipoteca*.

Ma nel primo caso si offrono maggiori difficoltà. E però facile, usando

(1) Ma non vi è nulla di più sicuro quanto il prestare a'mariti e tutori, dopo ridotte le ipoteche legali, come non cesserò mai di far osservare, soprattutto se vi è qualche dubbio intorno alla morale di colui che prende ad imprestito.

e diligenza ed attenzione, di poterle appianare. Eccone un esempio per la maggiore intelligenza. Supponiamo che la proprietà del debitore consista in tre fondi, ciascuno del valore di 10,000 fr. Dinoto il primo fondo colla lettera A, il secondo colla lettera B, il terzo con la lettera C. Ammettiamo che su questi fondi vi graviti un'ipoteca generale di 20,000 franchi, e che vinca tutte le altre per anteriorità: supponiamo pure che, quando tale ipoteca generale esisteva, il debitore avesse specialmente ipotecato il fondo B a Paolo, il 1 di gennaio, per 10,000 fr., e che susseguentemente abbia ipotecato specialmente a Pietro il fondo C, il 1 marzo, per altri 10,000 fr. È chiaro che sopra questa massa di beni, del valore di 30,000 fr., il creditore che ha un'ipoteca generale di 20,000 fr. deve essere collocato in preferenza degli altri creditori. Ma se si facesse pagare del suo credito col valore del fondo A, e col valore del fondo B, questa operazione produrrebbe un'ingiustizia, non giovando per niente a questo creditore de' 20,000 fr. Difatti, ne avverrebbe che *Paolo* il quale ha una prima ipoteca speciale, dopo la generale, sopra il fondo B, perderebbe la sua ipoteca speciale, e *Pietro* che, ha un'ipoteca speciale sul fondo C, la conserverebbe, ancorchè posteriore a quella di *Paolo*. Per schivare una tanta ingiustizia, nulla osta che facciasi gravitare l'ipoteca generale prima sopra il fondo A, e poi sul fondo C, onde si faccia sussistere in favore di *Paolo* la sua ipoteca sopra il fondo B; giacchè questa ipoteca è anteriore a quella di *Pietro* sopra il fondo C. Un tal mezzo è fondato e sull'equità e sopra lo spirito della legge. Si scorge assai bene che tutti i creditori i quali, al pari di *Paolo*, hanno potuto contare con sicurezza sulla solvibilità del debitore, quando essi prestavano il loro denaro, onde i di loro beni erano meno gravati da ipoteche, debbano essere preferiti a coloro che avessero prestato dopo di essi, e che aver dovevano minor fiducia intorno al ricupero de' loro crediti, supponendosi che essi conoscessero tutte le ipoteche che anteriormente ebbero luogo.

Esempj di mezzi fraudolenti che bisogna cercar di evitare.

183. Operandosi in questo modo, si possono impedire alcuni mezzi ingiusti e fraudolenti, de' quali si è veduto qualch'esempio. Difatti, l'esperienza c'insegna che, in caso di concorso tra ipoteche generali e speciali, l'avidità e la scaltrezza hanno fatto di tutto onde muovere a loro arbitrio i cardini del sistema ipotecario, e per ischivarsi dalla funesta situazione in cui si trovano, e procurarsene una più vantaggiosa, in danno

del creditore che legittimamente e di buona fede l'occupava. Da queste scaltre combinazioni ne potrebbe avvenire che, abusando del principio della indivisibilità, un'ipoteca generale si snaturerebbe per modo, che un creditore, primo in ipoteca speciale sopra un fondo particolare, sarebbe vinto da un creditore egualmente speciale sopra il medesimo fondo, ancorchè posteriore in data. È chiaro, altresì, che io non posso farmi ben comprendere se non col presentare un caso come il seguente.

Paolo è proprietario di due fondi A e B. Il fondo A, dopo una espropriazione dà il prodotto di 20,000 fr., e quello B 20,000. Ambidue questi fondi sono gravati da un'ipoteca legale di 40,000 fr., e da un'ipoteca generale pure di 40,000 fr. In tale stato di cose, *Paolo* nel 1809 avea data un'ipoteca speciale a *Giacomo* sopra il fondo B, per la somma di 20,000 fr.; e nel 1810 avea concessa a *Pietro* un'ipoteca speciale, non solo sopra il fondo A, ma egualmente sul fondo B per 60,000 fr. Ecco dei beni del valore di 140,000 fr. ipotecati per 160,000 di debiti: cosicchè è indispensabile che uno de'creditori debba perdere 20,000 fr. Dopo l'aggiudicazione apresi una graduatoria. Si scorge a chiare note la via naturale che deve battersi in questo giudizio. L'ipoteca legale dev'essere soddisfatta con 40,000 fr., da prendersi sopra il fondo A; l'ipoteca generale lo deve essere in seguito, con una simile somma di 40,000 fr. da prendersi sul prezzo del fondo A; per modo che, dalla totalità del valore di questo fondo, vi superano fr. 40,000. L'ipoteca di *Giacomo* per 20,000 fr. dev'essere soddisfatta col valore del fondo B precisamente del valore di 20,000 fr., giacchè egli è il primo creditore ipotecario speciale sopra tal fondo. Per i franchi 40,000, poichè formano il residuo del valore del fondo A, essi si debbono dare a *Pietro* onde soddisfarlo della sua ipoteca speciale ma posteriore a quella di *Giacomo*, imposta sopra il fondo A e sul fondo B. Vi è *deficit* per lui di 20,000 fr., che egli perde, mentre invece di 60,000 fr. dei quali è creditore, non ne ha che 40,000. Ciò dipende dalla natura delle cose e dalla sua propria imprudenza.

Ma se al creditore che ha l'ipoteca legale di 40,000 fr., o a *Pietro* che può colludere con questo creditore, e comprare il suo consenso, abusando del principio della indivisibilità dell' ipoteca, gli venisse talento di far cadere 20,000 fr., metà di questo credito legale, sopra il fondo B, che sarebbe allora assorbito, e non far cadere sul fondo A se non gli altri 20,000 fr. rimanente metà, che ne avverrebbe in tal caso? *Giacomo* non potrebbe essere soddisfatto col valore del fondo B, l'unico sopra il quale rappresenta un'ipoteca speciale, ed in conseguenza perderebbe il

suo credito; quando poi il fondo A trovandosi, per questa operazione, sgravato di 20,000 fr. relativamente all'ipoteca legale, sul prezzo di questo fondo, resterebbero liberi 20,000 fr. dopo essersene dedotti gl'interi 40,000, ammontare dell'ipoteca legale. E tanto i 20,000 franchi quanto i 40,000 gli potrebbe reclamare *Pietro* in virtù della sua ipoteca speciale sopra il fondo A, sul quale *Giacomo* non ha ipoteca, essendo questa limitata sul fondo B. Allora *Giacomo* perderebbe il suo credito, malgrado che per sua sicurezza avesse un'ipoteca anteriore a quella di *Pietro*.

E si crederebbe che avanti al tribunale siasi presentata una pretensione fondata sopra sì fatti rigiri? Eppure avvene un esempio in una decisione della Corte reale di Parigi, de'28 agosto 1816, che è nella raccolta del continuatore di Denevers, anno 1817, pag. 85, supp. La specie che se ne riferisce non dimostra sufficiente dettagli perchè si possa concepirla con facilità non trovandosi indicati, nè l'ammontare de'crediti respettivi, nè il valore di ciascuno de'beni. Onde supplire a tale mancanza, ho meditato un caso particolare su del quale ho fondata l'ipotesi che pocanzi presentai. Ma quanto io dico, trovasi nel resultato uniforme al disposto di tal decisione. Essa ha rigettata, come dovea esserlo, una pretensione avanzata da un certo sig. Chesjean, simile a quella che io supposi per parte di *Pietro*, il quale aveva acquistato realmente o in apparenza i diritti costitutivi dell'ipoteca legale. Nella decisione non si rinvengono i motivi, perchè conferma semplicemente una sentenza del tribunale di Joigny. È in questa sentenza che si trovano i motivi che hanno determinata la decisione: essi non lasciano nulla a desiderare, e racchiudono uno sviluppo luminoso non solo de'principj, che particolarmente hanno relazione alla questione, ma del pari delle vedute generali del legislatore in quanto all'ordine col quale debbono essere pagati i creditori con ipoteche generali e speciali su i fondi, i quali concorrono onde essere graduati. Intanto stimai a proposito riportarne qui l'intera sentenza. A chiare note si vede a quante frodi potrebbe dar luogo il sistema che è stato rigettato.

« Considerando che il nuovo sistema ipotecario ha per base fondamentale di far sì che i creditori ipotecarj godano i vantaggi che possono resultare dall'anteriorità, dalla pubblicità, e dalla specialità dell'ipoteche; che in questo sistema si ammette la concorrenza delle ipoteche speciali colle legali e giudiciali, che sono per loro natura generali; che nell'art. 2134 del Codice civile il legislatore ha consacrato il principio che, tra'creditori, le differenti ipoteche, e quindi le speciali o generali, non prendono il

grado se non dal dì dell' iscrizione; che è secondo lo spirito della legge che alcun creditore, posteriore di data per la sua iscrizione non possa essere preferito a quello che lo precede nel grado delle ipoteche; — Considerando che se, secondo l' art. 2114 dell' istesso Codice, l'ipoteca, ch' è un diritto reale sopra gl' immobili ad effetto di soddisfare una obbligazione, è di sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti gl'immobili che si sono obbligati, e sopra ciascuno di tali immoblili, il senso e lo scopo di una disposizione di tal natura si è, che niuna traslazione di tutto o di parte del fondo ipotecato possa effettuarsi se non col carico di soddisfare la totalità delle obbligazioni, ma non esclnde la possibilità di obbligare, pel pagamento di nuovi crediti, il prezzo di fondi già gravati da ipoteche generali; che le ulteriori ipoteche, conferite con una stipulazione di specialità, aver debbono la loro piena e intera esecuzione, quando avvi un mezzo di pagare i primi creditori, e che non elevansi questioni, come nella specie, che fra il creditore intermedario ed un terzo creditore posteriore, che vorrebbe limitare l' effetto della prima ipoteca generale, e impedire che vengano gravati i beni a lui specialmente ipotecati; che in una simile materia la regola più sicura da tenere, e che trovasi implicitamente tracciata nell' art. 2134 pocanzi citato, si è quella di dare la preferenza all' ipoteca più antica, per quindi limitare e restringere a suo vantaggio l' effetto dell'ipoteca generale, uniformemente alla regola di diritto, *qui potior est tempore*, *potior est jure*; — Considerando che il sistema presentato da Chesjean offre una chiara contraddizione, giacchè per una parte appoggiandosi al principio della indivisibilità dell'ipoteca, vorrebbe ciò non ostante restringere l' ipoteca generale d'Aversenne o della moglie Laferrière, proibendo che graviti sui beni a lui ipocati; giacchè dall'altra si oppone alla restrizione ammessa a favore degli eredi Lapreuserie, la cui ipoteca supera la sua di quindici mesi, ancorchè, ammettendo quest'ultima restrizione, il diritto d'Aversenne, e della moglie Laferrière, trovasi interamente conservato, ed i loro crediti del tutto soddisfatti nel progetto di graduazione; — Considerando che nell'adottarsi il sistema di Chesjean si potrebbe aprire un largo campo alla frode; che difatti, se, ciò che siam lungi di supporre, Ragon-Laferrière odiando gli eredi di Ragon-Lapreuserie, e coll'idea di privarli del pegno loro dato, avesse posto senza molta spesa, o con modica anticipazione, Chesjean tra il numero dei suoi creditori ipotecarj, da un sì tristo concerto ne avverrebbe, che potrebbe far disparire oggi il pegno concesso agli eredi Lapreuserie in un tempo che i beni immobili di Ragon-Laferrière

presentavano un valore doppio de' pesi co' quali si trovavano allora gravati; che perciò un sistema il quale mena a tali resultati, e genera una frode tanto scandalosa e così rivoltante, dev' essere rigettato; — Considerando finalmente, che Chesjean deve incolpare sè medesimo di non aver posto molta attenzione al quadro delle ipoteche di colui col quale intendeva contrattare prima di aprirgli un credito tanto considerevole; che se questo, dal canto suo, è un difetto di prudenza, non può renderne vittime gli eredi Lapreuserie; che se egli ha conosciuti i diritti incontrastabili di questi ultimi prima di dare il suo denaro, e che se fin d'allora ha calcolato che comprando ad un vil prezzo i diritti della moglie Laferrière, obbligata verso di lui, era facile di vincere con mezzi indiretti gli eredi Lapreuserie, e di privarli del pegno che Ragou-Laferrière aveva loro concesso quindici mesi prima, egli deve parimente incolpare a se medesimo una speculazione che, pel suo carattere e la sua natura, doveva un giorno privargli del diritto di lagnarsi di non raccoglierne il frutto; il tribunale dichiara Chesjean mal fondato nell'opposizione alla collocazione provvisoria degli eredi Lapreuserie; e dichiara buona questa collocazione, nell'istesso modo e forma che fu fatta nel progetto di graduatoria.»

Rigetto del sistema di divisione proporzionale, fra le ipoteche speciali che concorrono con l'ipoteche legali o generali.

184. Io aveva di già scritto quanto si è letto intorno alle difficoltà che elevansi nel concorso d'ipoteche speciali con ipoteche legali o generali; il trattato era anche compito, e la stampa cominciata, quando lessi un decreto della Corte di cassazione, de' 16 luglio 1821, di molta importanza. Egli è riportato da Sirey, vol. del 1821, part. 1, pag. 360 e dal continuatore di Denevers, lo stesso anno, pag. 433. Per essere breve avrei voluto esentarmi dal riportare i fatti su de' quali il decreto fu emanato, ma nol posso, giacchè in fine del decreto deggio fare alcune osservazioni, le quali non potrebbero essere valutate se non dopo la conoscenza di questi fatti. Ciò nonostante non riporterò le difese scambievoli delle parti, che furono molto estese, e per quanto sembra con memorie stampate. Mi limiterò solo a quel tanto che devesi conoscere de' fatti: io gli attingo dalla raccolta di Denevers.

« Per contratto di matrimonio de' 26 gennaio 1807, il sig. Solignac prese dalla sig. Raynal, divenuta quindi sua sposa, una dote di 137,325 fr.

« Più tardi, con atto notariato in data de' 9 dicembre 1814, con-

trasse col sig. Broussous un debito di 28,000 fr. per di cui sicurezza ipotecò specialmente la casa nella quale abitava, un giardino adiacente, ed una prateria chiamata Ville-Rousset, il tutto situato in Mende. In quest'epoca i suoi beni non erano gravati da alcun'altra ipoteca, eccetto l'ipoteca generale di sua moglie.

« Indipendentemente da'beni che possedeva nel circondario di Mende, dipartimento della Lozère, il sig. Solignac ne possedeva egualmente nel circondario di Chanac, dell'istesso dipartimento.

« A' 2 novembre 1815 egli prese a mutuo dal sig. Ignon 13,253 fr., per sicurezza de' quali ipotecò specialmente 1. un fondo chiamato de Ramades; 2. la prateria di Ville-Rousset e la sua casa di abitazione, di già ipotecata al sig. Broussous; 3. un prato, giardino e casa, che un tempo facevano parte del recinto de' Francescani, tutti situati nel circondario di Mende; 4. finalmente un prato detto Chambon situato nel circondario di Chanac.

« I fondi situati nel circondario di Mende venivano tutti gravati da ipoteche speciali anteriori.

« Gli affari di Solignac essendo in qualche disordine, i fondi situati nel circondario di Mende furono pignorati e giudiciariamente venduti. Se ne fecero quattro porzioni, nel modo seguente.

« La casa, il giardino adiacente, e la prateria di Ville-Rousset, specialmente ipotecati al sig. Broussous, formarono la prima porzione, e furono aggiudicati per il valore di 45,000 fr.

« La seconda porzione composta dal fondo de Ramades, venne aggiudicata per il valore di 50,000 fr.

« La terza porzione aggiudicata per fr. 10,200, comprendeva il recinto e la casa de' Francescani.

« E la quarta, consistente in un prato situato alla Champ, venne aggiudicata per il valore di 1,050 fr.;

« Prezzo totale, 106,750 fr.

« Un giudizio di graduatoria essendosi aperto per la distribuzione di tali somme, il giudice commissario distese uno stato provvisorio di collocazione, in virtù del quale la signora Solignac, moglie del debitore pignorato, venne collocata in primo luogo per la somma di 39,305 fr., ammontare della sua dote e suoi accessorj. Si disse che una tal somma si sarebbe presa cioè: 19,305 fr. sopra il valore della seconda porzione; 8,260 fr. sopra quello della prima; 1,042 fr. sulla quarta, e il rimanente sopra il valore della terza.

« Dopo della sig. Solignac, il giudice commissario collocò il signore Broussous per la somma di 31,342 fr., ammontare del suo credito tra capitale ed interessi. Questa somma si doveva prendere dal prezzo dell' aggiudicazione, della prima porzione, ch' eragli stata specialmente ipotecata.

« Diversi altri creditori furono collocati sopra il prezzo delle altre porzioni, e sul rimanente del prezzo della prima e seconda porzione.

« In fine il sig. Ignon venne collocato per la somma di 13,253 fr., ammontare del capitale e interessi del suo credito; ma i fondi mancarono per lui.

« Il sig. Ignon reclamò sopra un tale stato di collocazione. Egli pretese che invece di essere il credito della moglie del sig. Solignac, ripartito nella maniera stabilita dal giudice commissario, conveniva farne la repartizione proporzionalmente sopra tutti i beni venduti, avuto riguardo al loro valore. Seguitando una tal regola, il prezzo della prima porzione, diminuito da una forte somma prelevata per la sig. Solignac, non bastava più onde soddisfare al credito del sig. Broussous; e poichè questo non aveva ipoteca, se non sopra i fondi che componevano questa prima porzione, una parte perciò di questo credito sarebbesi perduta, ed il sig. Ignon avrebbe profittato del vuoto che questo credito avrebbe lasciato, stante che il prezzo de' fondi a lui ipotecati si sarebbero trovati colpiti dall' ipoteca generale in minore quantità; di quel che lo erano per effetto dello stato di collocazione fatto dal giudice commissario.

« Il tribunale civile di Mende rigettò simile pretensione, e per questa parte confermò lo stato di collocazione. Ma siccome i beni venduti non erano sufficienti per soddisfare l' intero credito della moglie, e quello di un altro creditore con ipoteca speciale anteriore ad Ignon, il tribunale con sentenza degli 8 luglio 1817, autorizzò questo creditore a prendere l' ammontare del suo credito sulla parte assegnata alla sig. Solignac, e rinviò questa a prendere sopra i beni di suo marito, situati nel circondario di Chanac, quanto erale dovuto onde completare la sua dote (1).

(1) Una tal circostanza non trovasi nella raccolta di Sirey. Deggio credere che l'autore di questa raccolta, la di cui esattezza è tanto nota, ha creduto di riferirla, o almeno di non tacerla, dicendo in seguito della dispositiva della sentenza: « La sentenza nella sua dispositiva fa qualche cambiamento allo stato di collocazione fatto dal giudice commmissario; ma è inutile di riferirlo, giacch'essa non giova per nulla alle pretensioni del sig. Ignon. » D'altronde, non perchè questa circostanza ha colpite le mie particolari idee, dovea benanche colpir quelle dell'autore della raccolta.

Tra' creditori collocati se ne contano di quelli che lo erano stati per pensioni vitalizie; la sentenza autorizzò il sig. Ignon a ritirare dalle mani dell'aggiudicatario i capitali destinati a queste rendite, in deduzione del suo credito, col carico di pagare lui stesso gli arretrati di tali pensioni. Finalmente la sentenza soggiunse che, se per il compimento della dote della sig. Solignac, non era sufficiente il valore de' beni di Chanac, de' quali il sig. Ignon era stato l'acquirente, egli avrebbe supplito a tale mancanza, perchè era l'ultimo creditore iscritto, e perchè avea preso una parte de' fondi situati nel circondario di Mende.

« Il sig. Ignon ed altri creditori interposero appello contro questa sentenza, ma la sig. Solignac non ne appellò. Il sig. Ignon riprodusse il suo sistema di repartizione proporzionale dell' ipoteca generale della sig. Solignac, sopra tutti i beni venduti.

« Ma la Corte reale di Nimes riprovò questo sistema, come fatto aveva il tribunale di prima istanza, e con decisione de' 30 giugno 1818, ordinò che la sentenza appellata fosse stata eseguita.

« Ecco i motivi su de' quali è fondata la decisione: « attesochè, per effetto della graduatoria fatta per la distribuzione del prezzo de' beni del sig. Solignac, il credito della di lui sposa, che ha un' ipoteca generale, trovasi utilmente collocato sopra il prezzo di una parte de' medesimi beni, senza che reclamo alcuno si fosse prodotto dalla sig. Solignac, il sig. Ignon che godeva un'ipoteca posteriore a questa, e sopra i medesimi beni, non è ammissibile, nè ha diritto a lamentarsi di non averla graduata sugli altri beni egualmente ipotecati al credito del sig. Solignac, che, obbligato a dover convenire essere l' ipoteca generale un diritto reale ed indivisibile, che si può esercitare e nella totalità e sopra ciascuna parte del fondo gravato dalla totalità del debito, egli non si può dolere di trovarsi, per l'esercizio di un tal diritto, privo egli medesimo dell'utilità di un pegno ch' egli doveva assai ben sapere poter essere esaurito da questa ipoteca generale; che molto meno si può lagnare, giacchè vorrebbe far rovesciare gli effetti di tale collocazione sopra il prezzo di un immobile, già affetto da un' ipoteca speciale in favore di un precedente creditore, allorch' egli ha contratto con questo debitore, e quando non potea ignorare che il valore di tutti i beni di questo debitore era stato già esaurito dall'ipoteca o legale o speciale che li gravavano; e che sarebbe molto ingiusto di attribuire a costui (che quando contrattò era nella scienza di non esservi sicurezza per lui) una preferenza che doveasi invece a colui che sborsò il suo denaro nella piena fiducia d'un pegno più che sufficiente per sod-

disfarlo in tempo che i beni liberi del suo debitore bastavano vieppiù ancora onde far fronte all'ipoteca generale dalla quale erano gravati; che ammettere un sistema contrario, sarebbe lo stesso che aprir l'adito alla frode ponendo un debitore insolvibile nel caso di paralizzare in parte l' ipoteca speciale ch' egli avrebbe accordato a un creditore legittimo, e facendo supporre un nuovo creditore al quale egli assegnerebbe, con ipoteca speciale, un altro fondo già assorbito dall' ipoteca generale, per istabilire il concorso di questa, e far partecipare de' suoi effetti l' immobile primieramente ipotecato, e ricavarne così il prezzo con una specie di stellionato che egli potrebbe impunemente commettere. »

Sul ricorso del sig. Ignon la Corte di cassazione emanò il seguente decreto di rigetto: « Attesochè resulta, dall' impugnata decisione, che la iscrizione ipotecaria del sig. Ignon, sopra i fondi il cui valore venne distribuito, è posteriore a quelle de' creditori che furono collocati prima di lui nella distribuzione del prezzo; — Attesochè non v'è alcuna legge che possa nel concorso dell' ipoteca speciale colla generale, imporre l' obbligo a' giudici di fare sopra i beni specialmente ipotecati, una repartizione proporzionale dell' ipoteca generale; — Attesochè, se una simile repartizione si potesse ammettere come principio, per un debitore di mala fede che avesse creditori con ipoteca generale e creditori con ipoteca speciale, potrebbe servire di *mezzo onde privare costoro di una parte dei loro legittimi crediti*, contraendo in seguito debiti simulati, e sottomettendovi fondi già specialmente ipotecati; che se è della natura dell'ipoteca speciale di limitare i suoi effetti su l'immobile su del quale venne imposta, è del pari nello spirito generale del sistema ipotecario di aver riguardo all' anteriorità de' diritti acquistati, poichè l'ultimo creditore, che sborsò il suo denaro ebbe minor ragione degli altri di credere alla solvibilità del debitore comune: quindi ne avviene, che dividendosi l' ipoteca generale della sig. Solignac sopra i beni il cui valore doveasi distribuire in modo da dare effetto alle ipoteche speciali giusta l' ordine delle loro date, la Corte reale di Nimes non solo non ha violata alcuna legge, ma si è altresì uniformata a' veri principj relativi alle ipoteche ».

Credo poter dire che la sentenza del tribunale di Joigny, che ho riportata nel numero precedente, la decisione della Corte reale di Nimes, e il decreto della Corte di cassazione, formano un corpo di dottrina intorno ai principj generali delle ipoteche; e passando alla questione particorale di cui si tratta, esso indica i mezzi più savj per conciliare i diritti de' creditori che hanno un' ipoteca legale o generale, con quelli tra i creditori che hanno sol-

tanto delle ipoteche speciali. Ciò non ostante, quanto dissi nei numeri precedenti intorno a tale importante controversia, non è del tutto inutile. Il decreto della Corte di cassazione convalida le opinioni che ho emesse. Non si potrebbero moltiplicare di molto gli esempj su di un argomento tanto complicato, ed in cui si possono incontrare tante diverse specie.

Da quanto precede, e in particolare dal decreto della Corte di cassazione, resulta che i creditori i quali hanno un'ipoteca legale o generale, debbono essere preferiti a coloro che hanno solo delle ipoteche speciali. Ma anche il diritto di questi ultimi deve regolarsi in modo, che coloro i quali, secondo l'intenzione delle parti e lo spirito della legge, sono stati i primi a gravare gl'immobili colle loro ipoteche, sieno preferiti a coloro che hanno ipoteche posteriori. L'idea della surroga legale, il cui sistema erasi proposto dal sig. Tarrible, e che io avea impugnato nel n.° 179, facendo giustizia alla purità della intenzione, è stata rigettata, perchè non poteasi conciliare con i principj della materia.

Il decreto della Corte di cassazione, e le decisioni che l'hanno preceduto, suggeriscono i mezzi per sormontare il grande ostacolo che presentavasi circa l'applicazione che i creditori con ipoteche generali avrebbero voluto fare di queste ipoteche sopra tali o tal'altri fondi, in modo da assorbire, sul prezzo di quest'istessi fondi, le prime ipoteche speciali che fossero state imposte, e di restar liberi, in vantaggio degli altri creditori, i fondi sopra i quali questi avessero delle ipoteche speciali, ma posteriori.

Non è da dissimularsi che il principio dell'indivisibilità dell'ipoteca riceve dalle riferite decisioni una modificazione per quel che riguarda le ipoteche legali o generali. Nel cominciare di questo §, n.° 167, si è veduto che, per diritto romano, il creditore ipotecario, la cui ipoteca era per sua natura generale, non era obbligato ad alcun ordine successivo nello esperimento del diritto d'ipoteca: egli poteva a suo arbitrio esercitare questo suo diritto sopra qualunque fondo compreso nell'ipoteca, in preferenza degli altri. Era questo il resultato della legge 8, ff. *de distract. pign.* La direzione dell'ipoteca dipende dall'arbitrio del creditore, *creditoris arbitrio.* Ma la modificazione nuovamente fatta, è un miglioramento, uniforme anche al nostro sistema ipotecario: dessa è del pari felice, perchè senza distruggere il principio della indivisibilità, favorisce l'equità e siegue lo spirito della legge. Non deesi mai tollerare un modo particolare di esercitare un tal diritto, quando questo modo nuoce agli altri senza giovare a colui che lo sceglie in cambio di un altro, il quale produrebbe egualmente la conservazione de' suoi diritti.

Ciò non ostante convien fare un osservazione. Il decreto della Corte di

cassazione e la sentenza del tribunale di Mende decisero, che, onde la collocazione lasciasse meno vuoto per i creditori che avevano ipoteche speciali, la signora Solignac, per un resto del suo credito che certemente doveva essere di molto modico, fu mandata a pagarsi sopra i beni situati nel circondario di Chanac, mentre la graduatoria facevasi nel circondario di Mende. La signora Solignac non ne appellò. D'altronde, tuttto indica che il ricupero di questo residuo di credito era sicuro. Ma si potrebbe ammettere una tale misura contra il voto del creditore che ha un ipoteca generale? Non vi sarebbe da temere che ciò sarebbe un allontanarsi di molto dal principio della indivisibilità? Si conosce la differenza che vi è tra i casi nei quali i beni gravati da ipoteche sono situati in un solo circondario, e la graduatoria apresi innanzi al tribunale di questo circondario, ed i casi nei quali vi fossero de' beni situati in circondarj differenti, ciocchè esigerebbe una graduatoria presso ciascuno de' tribunali di questi circondarj. Nei numeri 179 e 180, ho fatto conoscere gli effetti di queste differenze, parlando del 1.° e 2.° degli esempj da me presentati. La modificazione a cui si è ricorso, non sarebbe meglio stabilita ed in modo più analogo a' principj se, nel caso di una volontà espressa del creditore di un' ipoteca generale, si collocasse sopra i beni situati in un solo circondario, serbando sempre le proporzioni più vantaggiose a' creditori con ipoteche speciali? Non vi sarebbe forse della durezza nel mandare contro sua voglia il creditore con ipoteca generale ad essere soddisfatto anche per una piccola parte del suo credito, sopra i beni situati in un altro circondario, soprattutto se questo circondario fosse lontano? Io non posso che sottomettere questa mia idea alla saviezza de'tribunali. D'altronde, in siffatti casi, una decisione può resultare dalle circostanze e dai consensi delle parti interessate, tanto richiedendo il più delle volte i loro veri vantaggj.

Ma quanto ho detto, e le stesse decisioni de'tribunali finora consciute, non distruggono del tutto l'idea che il concorso delle ipoteche generali colle ipoteche speciali sarà una sorgente inesausta di grandi difficoltà, e di veri pericoli per coloro che prestano a' mariti e tutori sotto un'ipoteca speciale. Noi abbiamo delle guide per disbrigarci, per quanto si può, da queste difficoltà, allorchè si presentano: ma è più prudente d' impedire che si elevino. Debbo qui rammentare il consiglio che diedi di non prestare ad un marito, i cui beni si presumono affetti da un'ipoteca legale, soprattutto s'è considerevole, se non quando si sarà ristretta o ridotta questa ipoteca legale, su taluni immobili del marito, in modo che gli altri sieno liberi e suscettibili di essere specialmente ipotecati, senza

timore alcuno. Questa riduzione è una sorta di specialità dell' ipoteca legale, la cui utilità è facile a ravvisarsi; è il solo mezzo onde guardarsi dalle liti e dalle azioni ipotecarie, giacch' è sempre difficilissimo di misurare con sicurezza le ipoteche legali. È questa la norma che il legislatore ci offre per l'interesse de' mariti e di coloro che con essi contrattano. L'operazione è semplice, e non di molto dispendio. Io non dubito che non sia stato nell' idea del legislatore, che col tempo se ne formerebbe l'abitudine. Quante sollecitudini non si eviterebbero se una tal misura fosse praticata più spesso di quel che si suole! Si vede bene che la medesima precauzione deve usarsi quando si conviene con coloro che sono tutori, o che il furono. L'istessa misura vien pure indicata dalla legge per una tale circostanza, e lo è egualmente nei casi dell'ipoteca giudiciale, che di sua natura è generale: come rilevasi dall'art. 2161 del Codice civile.

La sola preoccupazione, e l'irriflessione potrebbero essere di biasimo contra la legge, nella necessità di prendere queste precauzioni. L'antica legislazione non offrì giammai questi vantaggj. Le ipoteche legali esistevano; potevano essere seguite da ipoteche ordinarie, ch'erano generali come le legali; ma, per ripetuti inconvenienti, tutte queste ipoteche erano occulte. Si contraeva nell'oscurità, e quindi una moltitudine di liti. Le precauzioni prescritte dall'attuale legislazione fanno conoscere tutto: qualunque rischio sparisce: cessa qualunque timore.

Del caso nel quale, all' occasione di un' ipoteca speciale, sopraggiunge un' ipoteca giudiciaria.

185. Puole avvenire che circostanze particolari facciano uscire una ipoteca speciale da' limiti ne' quali veniva ristretta: essa si può estendere sopra immobili diversi da quelli che erano stati ipotecati. Avverrebbe questo, per esempio, se, dovendosi eseguire l'atto obbligatorio col quale erasi stipulata l'ipoteca speciale, insorgessero delle difficoltà che dessero causa ad un giudizio, e a delle sentenze dalle quali resultasse un aumento più o meno considerevole dell'istesso credito.

Sarebbe molto improprio il dirsi che allora l'ipoteca speciale convertesi in ipoteca giudiciale, e quindi generale. Sarebbe ciò lo stesso che abbandonarsi a false idee, e allontanarsi dalla vera decisione delle difficoltà insorte da un tale stato di cose. Richiamo qui in pensiero il principio fissato nel numero 62, che le ipoteche non si debbono confondere, e che

una specie di esse non può in un'altra cambiarsi. Ne avviene, che nella mia ipotesi vi sarebbero ipoteche distinte, ciascuna delle quali deve contenersi nella sua specie particolare; cioè, la ipoteca speciale che non può gravitare se non sopra il fondo indicato nell'obbligazione, e nella iscrizione presa per effetto di quest'istessa obbligazione, e l'ipoteca generale che esiste solo in virtù della sentenza, o della decisione sopravvenuta in seguito. Quest'ipoteca generale può cadere su tutti gli altri stabili del debitore: ma non avrà effetto sopra questi stabili se non dal giorno che verrà presa la nuova iscrizione, talchè se il creditore, il quale trovasi in questa circostanza, dovesse concorrere con altri creditori che avessero iscrizioni posteriori, per ipoteche speciali sopra i fondi su de' quali graviterebbe l'iscrizione presa per l'ipoteca generale, è chiaro ch'essi avrebbero il diritto di restringere l'effetto di questa iscrizione all'ammontare dell'aumento del credito derivante dalla sentenza o decisione, quale iscrizione non si potrebbe prendere che fino alla concorrenza di un tale aumento.

Nella raccolta di Denevers, anno 1808, pag. 182, trovasi un decreto della Corte di cassazione, de' 4 aprile 1808, reso in una specie in qualche modo analogo all'ipotesi da me presentata. Ma esso non altera la distinzione di queste due ipoteche, ed i loro respettivi effetti: decide solo che colui il quale, dopo un'ipoteca speciale, avesse un'ipoteca generale, aveva diritto di far vendere alcuni beni del debitore distinti da quelli ch'erano stati specialmente ipotecati, giacchè questi ultimi eransi trovati *insufficienti a soddisfare la totalità del credito*. La difficoltà non esisteva che tra il creditore e il debitore.

Evvi ancora di più: se si fosse verificato che i beni assegnati in ipoteca speciale sarebbero stati sufficienti onde soddisfare il credito stabilito coll'obbligazione, e nel tempo istesso a pagare l'ammontare dell'aumento di un tal credito resultante da sentenza o decisione, i creditori i quali avrebbero delle ipoteche speciali sopra i fondi su i quali gravitasse l'ipoteca generale, ma che fossero posteriori, sarebbero nel diritto, egualmente che il debitore, di chiedere che il creditore coll'ipoteca generale preventivamente esperimentasse le sue azioni sopra i fondi che eransi specialmente ipotecati, salvo a rivolgersi in seguito, in caso di mancanza, sopra i fondi gravati dall'ipoteca generale. Ciò non ostante, se la pretensione si elevasse all'aprirsi di una graduatoria, a causa de' beni gravati dall'ipoteca generale, si dovrebbero prendere le opportune precauzioni, sia obbligando i creditori posteriori a conferire, dopo l'avvenimento, le

somme per le quali sarebbero collocati, sia in qualsivoglia altro modo, a tenore delle circostanze, purchè il creditore con ipoteca generale potesse utilmente ritornare sopra il prezzo di que'fondi su cui avesse fatto delle procedure a causa di tal'ipoteca, se il prezzo avutosi dal fondo dato in ipoteca speciale non fosse sufficiente per la totalità del credito. Fissandosi sulla correlazione di queste due ipoteche e sulla loro origine, l'ipoteca generale deesi considerare come sussidiaria dell'ipoteca speciale, nel solo caso d'insufficienza di questa ipoteca.

Non cercherò appoggiar la mia opinione sopra l'analogia che può esservi tra il caso presente, e quello preveduto dal diritto romano, dell'ipoteca specialo accordata a un creditore, nell'istesso tempo che l'ipoteca generale. Si sa che allora dovevasi primieramente discutere il fondo specialmente ipotecato, e poi esercitarsi l'ipoteca generale. Si potrebbe rispondere che in tal caso non vi sarebbe che un sol credito, mentre nel caso in questione ve ne sarebbe uno in seguito dell'altro, che l'ipoteca generale è nata da circostanze imperiose, per fatto del debitore, e che il creditore non può essere più privato della sua ipoteca generale per l'aumento del credito, nè della ipoteca speciale per l'istesso credito. Però la mia opinione può fondarsi su d'un principio di equità, che è un effetto dell'istessa legge. Procurando tutti i mezzi onde assicurare i crediti, essa non vuole che un creditore produca gratuitamente il disordine e lo scompiglio negli affari del debitore, e dia luogo a spese che produrrebbero la sua rovina, e farebbero ostacolo pel ricupero degli altri crediti.

Avvi un caso in cui presentasi un modo particolare d'indivisibilità di ipoteca, anche quando il fondo è stato successivamente gravato da due ipoteche speciali. La questione sull'oggetto fu di già trattata nel numero 61.

Del caso di concorso d'ipoteche generali per censi, o rendite vitalizie costituite, con ipoteche speciali.

186. Il principio della indivisibilità dell'ipoteca, ha spesso elevato delle difficoltà di qualche importanza, allorchè ipoteche generali per censi, rendite costituite, e vitalizie, sono venute in concorso con ipoteche speciali. Tali difficoltà presentansi anche quando ipoteche generali per crediti condizionali ed eventuali concorrono con ipoteche speciali prontamente esigibili. La soluzione di tali difficoltà è subordinata ad alcune spiegazioni, e bisogna distinguere ciascuna di queste cose.

Per le rendite costituite, deve avvenire lo stesso de' crediti ordinarj, tanto per quelle stabilite prima, che per quelle che non lo erano state che dopo il Codice civile. Tutte queste rendite, secondo le disposizioni della legge di brumaio, e quelle del Codice civile, hanno perduto, come dissi, il carattere d'immobili che anticamente aveano, almeno in alcune provincie: esse non sono più suscettibili d'ipoteca; non sono che semplici crediti particolari, e non v'è altra differenza che nella estensione dell'ipoteca. La specialità è necessaria tanto per le rendite create dopo la promulgazione del Codice civile, quanto per tutti gli altri crediti. Per le antiche rendite eravi l'ipoteca generale, e allora, per quanto concerne l'esercizio dell'ipoteca e la graduatoria in un giudizio d'ordine, accade di queste rendite quanto avviene di qualsiasi altro credito pel quale esiste un'ipoteca generale: in guisa che si può loro applicare, secondo la circostanza in cui si trovano, i principj di già esposti in ordine al concorso d'ipoteche generali con ipoteche speciali.

In quanto a' censi creati prima della legge de' 29 di dicembre 1790, essi sono dell'istessa natura delle rendite costituite in denaro, delle quali ragionai poc'anzi: gli stessi motivi gli hanno resi cose mobili. I censi creati dopo la legge di brumaio e sotto l'impero del Codice civile, possono offrire tre sorte di procedure; 1.° alla rescissione del contratto, ed alla rivendicazione de' fondi che ne formano l'oggetto, per arretrato di frutti, soprattutto se avvi stipulazione a tal riguardo; 2.° all'espropriazione; 3.° nel caso di espropriazione per parte di un terzo creditore, all'azione che deriva dall'ipoteca e dalla domanda di collocazione in un giudizio di graduatoria, mentre si conosce che, dopo il Codice civile, la sicurezza della prestazione del censo, esige, in ordine a' terzi, la stipulazione di un'ipoteca speciale che naturalmente deve cadere sopra il fondo dato a censo, e che dev'esser seguita dall'iscrizione. Si può intanto estendere la ipoteca speciale sopra gli altri fondi del debitore. Sotto questa veduta è difficile di prevedere gravi difficoltà, qualunque possa essere il concorso degli altri creditori del debitore del censo.

Ma può non essere lo stesso del censo stabilito prima della legge dei 29 dicembre 1790, per il motivo che l'obbligazione del pagamento di questo censo si sarà forse convenuta coll'ipoteca generale, che allora aveva luogo, e che si sarebbe conservata in virtù dell'iscrizione. Se in una graduatoria aperta sul prezzo ricavatosi da fondi diversi da quelli compresi nella concessione della rendita, il creditore di questa si presentasse onde essere collocato sia per il capitale, sia per gli arretrati, in preferenza dei

creditori con ipoteche speciali sopra questi stessi beni, ma posteriori, per l'iscrizione, a quelle di tale ipoteca generale, è allora che si eleverebbero delle difficoltà. Allora io credo che converrebbe decidersi pel sistema da me sviluppato nel numero precedente, in quanto al concorso d'un'ipoteca speciale con un'ipoteca generale in testa dell'istesso creditore, quali ipoteche resulterebbero dallo stesso credito. I motivi sono i medesimi. Si coconosce pur troppo quanto sarebbe ingiusto che creditori con ipoteche speciali, posteriori alla generale, fossero privati di qualunque diritto sopra fondi sottoposti all'ipoteca generale, e questo perchè avvi un creditore del censo con ipoteca generale, e che essi, ciò nonostante, non avessero alcuna risorsa sopra il fondo concesso a censo, e su del quale non vi sarebbe a loro vantaggio nè costituzione d'ipoteca, nè iscrizione. Di fatti si sa che per lo più non si suole prestare colla sola garanzia di un fondo gravato da un censo conservato. Si concepisce del pari che, se per combinazioni, difficili ad esser prevedute, si fosse in tale circostanza, che dal prezzo di un fondo sul quale si aprisse una graduatoria, non restasse altro che quanto è sufficiente onde pagare una sola parte del capitale della rendita perpetua costituita in denaro, o del censo, il creditore allora sarebbe obbligato di ricevere il pagamento in parte, ad onta del principio generale che il creditore non è tenuto a ricevere parzialmente il suo credito. Una tal divisione è l'effetto di una necessità che deriva dalla natura delle cose. Il creditore ha soltanto il diritto di avere il di più del suo credito in un'altra graduatoria, che forse si aprirebbe in seguito, salve sempre le sue azioni personali contra il suo debitore.

Veniamo al caso del concorso dell'ipoteca generale esistente per un vitalizio, tanto se il vitalizio si fosse costituito prima della legge di brumaio, quando, cioè, l'ipoteca generale era di diritto, quanto se questa ipoteca fosse stata convenuta sotto l'impero del Codice civile, sopra la generalità de' beni presenti del debitore nominativamente indicati nel contratto vitalizio, e sopra ciascuno de' quali beni si fossero prese le iscrizioni. In tal caso s'incontrano maggiori difficoltà di quelle presentate dai primi di cui ho parlato.

Un fondo poteasi purgare non solo dalle rendite costituite in denaro, ma benanche da' vitalizj, in virtù della vendita forzata, della volontaria, e quindi sotto l'impero dell'editto del 1771, mediante le lettere di ratifica. È perciò che tutte queste rendite potevansi soddisfare, ed i creditori di esse venivano collocati pe' capitali, o per gli arretrati, sopra il prezzo delle vendite o aggiudicazioni, colla data delle loro ipoteche. Ciò non

ostante pel vitalizio, il capitale non potendosi calcolare che a misura del suo valore all'epoca della graduatoria, e sì fatto valore essendosi diminuito o per l'accresciuta età, o per le malattie del creditore, dopo costituito il vitalizio, dovevasi proporzionatamente diminuire, e non veniva soddisfatto in altro modo che col pagare una somma creduta sufficiente onde far acquistare al creditore un vitalizio d'una simile somma. Ecco quanto attesta Pothier *del contratto di costituzione* ec., cap. 8, n.° 231.

Ma tali principj sono stati del tutto cambiati dal Codice civile, relativamente alla rendita vitalizia, come resulta dall'art. 1978. Ivi si dice: » La sola mancanza del pagamento delle annualità decorse non autorizza colui in favore del quale è costituita la rendita vitalizia, a chiedere il rimborso del capitale, o a rientrare in possesso del fondo alienato. Egli non ha che il diritto di far sequestrare, e di far vendere i beni del suo debitore, e d'instare perchè venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità: » A norma di questo articolo, soprattutto se si combina coll'art. 1979, il rimborso non si può fare che dal debitore contra la volontà del creditore; e questo non può reclamarlo, malgrado la volontà del debitore o degli altri suoi creditori collocati nei suoi diritti (1).

È ben vero però che secondo l'art. 2184 del Codice, il nuovo proprietario deve dichiarare con atto da notificarsi a'creditori, ch'egli è pronto a soddisfare *immediatamente* i debiti e pesi ipotecarj, sino alla concorrenza soltanto del prezzo, *senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili.* Interessava al creditore che non fosse astretto ad esercitare la sua ipoteca sopra i beni del debitore, diversi da quelli pe'quali una graduatoria si aprirebbe; ed era dell'interesse del debitore che, in seguito di questa graduatoria, colui in di cui favore è costituita un rendita, non restasse obbligato al pagamento del credito inesigibile. È stato questo il motivo che, nella nuova legislazione stabilita dal Codice civile, si sono abbandonate le idee di Loyseau, *della cessione de' beni*, lib. 3, cap. 9, n. 4, 5, 6 e 7. Questo scrittore volea che in materia di aggiudicazione, le rendite fossero pagate dall'aggiudicatario, come lo erano dal debitore. Egli considerava questa materia come utile e giusta per quest'ultimo. Ciò non ostante, nell'antica giurisprudenza non seguivasi l'opinione di Loyseau.

(1) Veggasi in Denevers, anno 1807, pag. 45, un decreto della Corte di cassazione del 12 gennaio 1807, che ha pronunziata la rescisione di un affitto a rendita vitalizia, uniformemente agli antichi principj, giacchè il contratto e la citazione erano anteriori al Codice civile.

Venuto il Codice civile, il legislatore ha voluto che il fondo ipotecato restasse libero per la mancanza delle domande d'incanto, dopo la intimazione fatta ai creditori onde provocarle, o, nel caso d'incanti, in seguito dell'aggiudicazione fatta colle formalità stabilite per l'espropriazione forzata. Si deve perciò credere che in questo articolo 2184 il legislatore non vi ha compreso il caso in cui il fondo fosse gravato da ipoteca per una rendita vitalizia. Conviene combinare necessariamente non solo questo ma pur l'articolo 2186, coll'art. 1978, ed una tale combinazione allontana questa idea. La rendita vitalizia per sè stessa forma una eccezione di tutte le altre rendite non esigibili, o dovute soltanto a termine. Per la verità, la Corte di Parigi ha giudicato, con decisione de' 5 febbraio 1814, riportata da Denevers, anno 1815, pag. 29, che l'acquirente il quale fa le intimazioni ai termini dell'articolo 2184, deve indicare un prezzo alle rendite vitalizie, che fa parte del valore della vendita. Parlerò di questo nella seconda parte, cap. 1, sez. 4. Ma tale indicazione non è necessaria per la determinazione degl'incanti, relativamente a'creditori che gli domandano; e questa decisione non pregiudica alla necessità del rimborso del vitalizio a colui che n'è il creditore.

Ancorchè quel che sin qui si è detto pare che riguardi il solo caso della purgazione dell'ipoteche per effetto degl'incanti, in occasione di una vendita volontaria, pure io osservo che deve dirsi lo stesso nel caso della purgazione delle ipoteche trattandosi di espropriazione fatta da un creditore, per esservi parità di materia.

Se il creditore di una rendita vitalizia, dunque, presentasi alla graduatoria sopra il prezzo d'un fondo ipotecato alla sua rendita, concorrendo con altri creditori che avessero delle ipotche posteriori, non potendosi rimborsare il capitale, è necessario di fare che i creditori posteriori prendano una parte del prezzo fino alla concorrenza della somma che può offrire l'annualità della rendita vitalizia, salvo a questi creditori il diritto di appropriarsi, all'epoca della morte del creditore della rendita, la somma capitale, imputandola sopra i loro crediti. Ma tutto ciò non avverrebbe che nel caso in cui questi creditori offrissero bastanti cautele per la prestazione del vitalizio, o impiegando le somme che prendono, o prestando una cauzione. Tanto opinasi dal Pothier *loco citato*: ed è tutto ciò che si è egualmente praticato e si pratica tuttavia. Può riscontrarsi una decisione della Corte reale di Besanzone, 16 messidoro anno 13, riportata da Denevers anno 1806, p. 201, al supplem.; il decreto della Corte di cassazione de' 12 giugno 1809, che rigetta il ricorso prodotto contra detta

decisione, all'anno 1807, pag. 347; e un'altro decreto dell'istessa Corte dei 4 frimaio anno 14, riportata da Denevers nello stesso anno, pag. 154.

Per altro ben si vede quanto poco importi l'esservi un'uniformità nella natura e forma delle cautele che debbonsi offrire al creditore della rendita vitalizia, le quali possono variare a tenore delle circostanze relative all' interesse di questo creditore ed a quello degli altri. Essi possono convenire parimente delle misure da accogliersi dai tribunali, quando le trovano utili e savie. Una decisione della Corte reale di Caen, del 18 maggio 1813, riportata da Denevers, anno 1815, pag. 4, al supp., giudicò di non potersi ordinare che, *non ostante l'opposizione de' creditori posteriori*, l'acquirente riterrà presso di sè, onde corrispondere la rendita vitalizia, una somma che ne rappresenti il capitale, della valuta al 5 per 100, che la prestazione della rendita devesi aggiudicare al maggiore offerente (come era il voto de' creditori), col carico all'aggiudicatario di offrire una sufficiente ipoteca. Nulla si rinviene in questa decisione che possa ostare a'principj; ma esso invece concilia tutti gl'interessi.

Fa d'uopo portare più in là le ipotesi. Supponiamo che, in seguito della graduatoria delle ipoteche, il prezzo del fondo da essere distribuito, e che si dovrebbe prendere da' creditori posteriori col peso di cui ho parlato, non fosse sufficiente onde produrre una rendita analoga alla totalità della rendita vitalizia; è chiaro che in tal caso le cautele non si possono dare che fino alla concorrenza di quanto prendono i creditori posteriori, e che sarebbe solo in tale proporzione che i creditori pagar debbono la rendita annuale, salvo, al creditore della rendita, il diritto di esercitare l' azione che più gli sembrasse convenevole contro al debitore personale della stessa, o di ricorrere successivamente sopra gli altri fondi del debitore che gli sono stati ipotecati, fintantochè non abbia le analoghe sicurezze circa il pagamento dell'intera rendita. Un procedere di simil natura deriva dalla necessità.

Ma tanto in questo, quanto nel caso in cui si fossero date al creditore della rendita vitalizia, in tempo della prima graduatoria, tutte le opportune cautele onde fosse del tutto soddisfatta, questo creditore, nelle altre graduatorie avrebbe forse il diritto di presentarsi e domandare, per effetto della indivisibilità dell' ipoteca, di esser collocato non solo per quel che resterebbe ad assicurarsi nel capitale della rendita, ma anche per la totalità di questo capitale? Conviene appigliarci alla negativa, qualora si voglia giudicare con uno spirito di giustizia e di equità, e giusta i principj del Codice civile. L'indivisibilità dell'ipoteca, e l'ipoteca istessa, non hanno

altro scopo se non quello della sicurezza del creditore, al quale si è concessa. Non si può pretendere di più. Subito che il creditore viene soddisfatto, bisogna che l'indivisibilità dell'ipoteca, e l'ipoteca istessa cessino del tutto. E da questo istesso momento i creditori posteriori che, secondo lo spirito della legislazione ipotecaria, hanno contato sopra il pegno da essi ipotecato, quando si erano assicurati completamente i creditori anteriori, riprendono il libero esercizio de' loro diritti ipotecarj. Quindi, il diritto del creditore del vitalizio cessa all'istante in cui si trovano tutte le sicurezze opportune per soddisfare l'annualità del vitalizio.

Ciò non ostante si potrebbero dedurre delle conseguenze opposte a un decreto della Corte di cassazione, de' 18 maggio 1808, riportato nella raccolta di Denevers, lo stesso anno, pag. 255. Era questione non di una rendita vitalizia, ma di una rendita perpetua e costituita in denaro, con un'ipoteca generale. Fuvvi sulle prime un'espropriazione di una parte de' beni sottoposti a questa ipoteca; ed, in seguito, un giudizio di graduatoria, pel quale i creditori della rendita furono collocati per una sola parte del loro credito. Non poteva farsi il pagamento reale della somma graduata, giacchè, secondo gli articoli 15 e 30 della legge degli 11 brumalo anno 7, relativa alle ipoteche, e l'art. 35 della legge dell'istesso giorno intorno alle espropriazioni, sotto l'impero delle quali si erano stipulati i contratti, l'aggiudicatario egualmente che il volontario acquirente, potea godere de' medesimi termini e dilazioni che si godevano dai precedenti proprietarj; ciocchè venne cangiato dal Codice civile. Sotto questo aspetto potrebbesi paragonare tale rendita, pel rimborso della quale l'aggiudicatario poteva essere astretto alla rendita, vitalizia. Si fece successivamente un'altra graduatoria, ed allora collocossi la parte che restò dovuta della rendita, la quale non aveva potuta esser collocata subito. Finalmente, in una terza graduatoria, i creditori di questa rendita presentaronsi domandando di essere collocati per la totalità degl' istessi capitali non esigibili, *per l'ammontare della loro collocazione, rimasto presso gli aggiudicatarj fino al rimborso del loro credito: salvo, in caso di rimborso, di far profittare della loro collocazione i creditori su i quali i fondi si trovassero mancare, e che sarebbero collocati sussidiariamente, o condizionalmente sino alla concorrenza de' capitali alienati.* I creditori della rendita domandavano la collocazione per intero nella terza graduatoria, poichè quelle avute sopra il valore delle prime vendite, non si opponevano alla nuova collocazione pel motivo che *i loro capitali non gli erano rimborsati, e l'aggiudicatario era autorizzato a continuare la somministrazione delle annualità.*

Una tal pretensione venne rigettata, come sovversiva del sistema ipotecario, non tanto dal tribunale di prima istanza, quanto dalla Corte di appello; ma essa venne accolta dalla Corte di cassazione che annullò la decisione della Corte di appello. Si potrà leggere con assai profitto la gran discussione che all' oggetto si fece, riportata nella Raccolta. Per amor della brevità dirò solo, che il decreto della Corte di cassazione si fonda sopra il principio della indivisibilità dell' ipoteca, e sopra la considerazione di fatto, che, nella specie, non eravi stato un rimborso effettivo, il quale potea solo produrre l'estinzione del credito; e che una semplice collocazione, per il pagamento a farsi, non potea avere l'effetto di un pagamento, giacchè la collocazione non effettuata, non si può considerare che come una delegazione imperfetta sopra di un terzo, per parte di un debitore, che non può liberarlo.

Ma sulle prime, se ben si riflette alla forza de' motivi contrarj, che conosconsi per mezzo della discussione, e che non potrei riportare che estendendomi di molto, troverassi che il decreto della Corte di cassazione presenta grandi difficoltà. In secondo luogo, prescindendo da questa riflessione, la specie della causa non è del tutto l' istessa di quella presente. La rendita perpetua, che ha un capitale fisso, ha la sua durata sino alla ricompra, e non si può estinguere che mediante l'effettivo rimborso, il quale non si può fare che in tempo assai remoto. La rendita vitalizia, secondo i veri principj, non è sottoposta ad alcun prezzo determinato, e non può rimborsarsi giacch'essa cessa colla morte del creditore. È quindi ragionevole il sostenere che, in amendue queste specie, le cautele non si dovrebbero esigere nell'istesso modo. Ma s'è indispensabile, e non se ne potrebbe dubitare, che il fondo sottoposto all'ipoteca per la sicurezza del vitalizio ne sia liberato, come mai si potrebbe altrimenti a tutto ciò pervenire se non prendendosi i mezzi da me indicati? Accade, in tal caso, quell'istesso che suole avvenire de'creditori condizionali ed eventuali, dei quali parlerò nel numero seguente. I principj relativi a quest'ultimo caso, tendono a convalidare quelli relativi al caso in questione. Se il creditore della rendita vitalizia non può domandare la rescissione del contratto vitalizio, e il rimborso del capitale che forma il prezzo di questo vitalizio, quando il debitore presta tutte le necessarie cautele onde la rendita sia sodisfatta, come rilevasi dall'art. 1977 del Codice civile, perchè poi il creditore di una tal rendita dovrebbesi lagnare contra i creditori del debitore, quando il magistrato, nella graduatoria, procura le medesime cautele? Se fosse altrimenti, colui al quale si somministrasse una rendita

vitalizia di 1000 fr. l'anno, che potrebbe essere corrisposta da una somma di 20,000 fr. impiegati a tal'oggetto, resterebbe indisponibile per parte del debitore una fortuna di oltre 200,000 fr.

Finalmente, la Corte reale di Parigi ha giudicata la questione in massima, secondo il mio parere, con sua decisione de' 31 luglio 1813, riportata da Denevers, anno 1815, pag. 43, al sup. Rinvio perciò alla decisione ed alla discussione che la precedette. È mio avviso che la decisione venne resa giusta i principj di giustizia e di equità. L'autore della Raccolta ci fa sapere che la Corte credè di dover giudicare nell'istesso modo che nell'altra decisione la quale venne annullata dal decreto della Corte di cassazione de'18 maggio 1808, su del quale sonomi spiegato; ma, come lo dissi, non eravi identità di specie. L'ultima decisione avea per oggetto una rendita vitalizia, e la prima una rendita perpetua; e pare che Denevers abbia avvertita tale differenza. *Forse non deesi dire l'istesso*, egli dice, *in ordine delle rendite vitalizie.*

Del resto, quanto io dissi farà conoscere di qual'importanza sia, che colui il quale costituisce sopra i suoi beni un vitalizio, prenda delle precauzioni onde non cadere nel laberinto delle difficoltà da me esposte. Egli vi perverrà limitando l'ipoteca su i fondi sufficienti a somministrarne l'annualità, e non facendo gravitare sopra questi fondi altre ipoteche.

È necessario far osservare essersi elevate moltissime difficoltà relativamente a tutte le specie delle rendite costituite, de'censi, e de'vitalizj nel caso in cui se ne poteva domandare il rimborso o la rescissione. Ma formano queste altrettante particolari questioni, unicamente relative alla legislazione delle rendite, indipendentemente dalla legislazione ipotecaria, le quali stimo dovermi astenere dal trattarle. Indicherò solo in una nota molte decisioni che si riferiscono a tali questioni, ed alle quali si potrà ricorrero all'occorrenza (1).

Io osservo che la Corte reale di Parigi, con decisione dei 21 gennaio 1814, riportata da Denevers, anno 1815, pag. 49, al sup., giudicò che il creditore di una rendita perpetua ha il diritto di esigere il suo capitale, quando il fondo su del quale egli godea un'ipoteca speciale, è stato ven-

(1) Vedi la Raccolta di Denevers, anno 1815 pag. 76 e seg. al sup.; anno 1815, pag. 111, al sup.; anno 1817, pag. 434; anno 1818, pag. 611; anno 1819, pag. 83 e 412. Riscontransi dei pari particolari decisioni intorno a questo argomento, nell'istessa raccolta, anno 1810, pag. 165, al sup.; Sirey, anno 1809, 2.ª parte, pag. 402; Denevers, anno 1810, pag. 41, e 105, al sup.; anno 1811, pag. 26, al sup.; anno 1814, nell'indice, alle voci *rendite costituite*; anno 1819, pag. 21 e 62.

duto per un prezzo minore del suo credito, e ch'egli trovasi quindi esposto a ricevere una parte del credito, ed allorchè il nuovo proprietario voglia purgare il fondo acquistato. Ma ben si vede che un tal caso particolare non altera per nulla le spiegazioni che ho date, nelle quali principalmente si è trattato del concorso delle ipoteche speciali.

Del concorso delle ipoteche per crediti condizionali o eventuali, con altre ipoteche.

187. I principj che ho sviluppati si possono applicare a' crediti condizionali od eventuali, le di cui ipoteche, sieno generali, sieno speciali concorrono con le ipoteche per crediti ordinarj.

Fa duopo non trascurare in questo luogo l'importante principio, che quando si tratta di purgare un fondo dalle ipoteche colle vie fissate dalla legge, bisogna che si purghino tutte, qualunque ne possa essere l'oggetto. Intanto avvi una differenza in ordine al modo dell'estinzione. Quando le ipoteche dipendono da crediti semplici, cioè, che sono dovuti in una maniera assoluta, esse non estinguonsi che col pagamento effettivo: ma quando sono state sottoposte ad una condizione, o ad uno evento che ne rende impossibile il pagamento, *actu*, si distaccano allora dal fondo con una collocazione di sicurezza, se così posso esprimermi, la quale assicuri il pagamento allorchè si farà. In quest'ultimo caso il pagamento non si può effettuare all'istante della graduatoria, ma bensì in seguito, secondo l'adempimento della condizione, o secondo l'evento; e si può dire che allora il pagamento ha il suo effetto meno in virtù dell'ipoteca che non esiste più, che in virtù del diritto assicurato al creditore del prezzo della vendita depositato nelle mani di un terzo, che forma la garanzia dell'ipoteca e la rimpiazza.

Perlochè, quando in seguito della vendita sopravviene un'iscrizione della natura di quelle da me esposte, il venditore deve far cessare l'effetto di una tale iscrizione, relativamente all'acquirente, offrendo cauzione per la sicurezza del credito, o facendo un impiego su fondi certi che ne assicurino l'adempimento. Se dopo che l'acquirente avrà adempite le formalità per pervenire alla purgazione delle ipoteche, presentansi altri creditori iscritti, in tal caso si ordina, nel procedersi alla graduatoria, che i creditori posteriori in ipoteca prenderanno quanto è loro dovuto, ma col carico di rimetterlo, quando il bisogno lo richiede, per darlo al creditore condizionale o eventuale: e questi creditori debbono presentare una

buona e valida cauzione, o somministrare altre cautele, secondo che verrà ordinato dal giudice, per la restituzione di quello che hanno potuto prendere.

Non si sa comprendere quali altre misure si potrebbero in tal caso adottare: quanto si è detto è stato sempre praticato. Il principio di questa pratica ritrovasi nella legge, *Grege* 13, ff. *de pign. et hypot.*, §. 5., *si sub conditione*. Essa riconosce l'impossibilità di sodisfare il credito che è soltanto condizionale: però non vuole che il creditore sia privato dell'effetto dell'azione che resulta dalla sua ipoteca: ma prescrive di supplirvi con presentare buone cautele. *Ideoque, arbitrio judicis, cautiones interponendae sunt.* Ecco le idee colle quali venne redatto l'art. 16 dell'editto de' bandi del 1551, che fu fatto per ovviare alle difficoltà delle quali sono state suscettibili le teorie relative alle ipoteche ed all'espropriazioni. Ivi dicesi che si sarebbe passato sotto silenzio circa le opposizioni (rimpiazzate in seguito dalle iscrizioni), per crediti del genere di quelli in questione, *col carico, agli opponenti posteriori, di essere nell'obbligo d'ipotecare tutti e ciascuno dei loro beni, offrendo idonea e sufficiente cauzione, di restituire i denari da essi ricevuti, all'opponente o opponenti, per causa di detta garanzia, che si troveranno essere precedenti in ipoteca a' suddetti opponenti, a' quali la distribuzione è stata fatta.* Tale è il senso col quale si spiega ancora Domat, *Leggi civili*, in una nota in seguito del n.° 17, lib. 3, tit. 1.°, sez. 3.

Stimo adunque di poter stabilire come regola, che tutte le forme prescritte dalla legge per la purgazione delle ipoteche essendo osservate, le ipoteche dei crediti, che di loro natura non si possono rimborsare, si purgano graduandoli, ancorchè non seguiti dall'effettivo pagamento, *actu*, ma il di cui effetto è stato assicurato in virtù di tutte le convenienti cautele, come le ipoteche per crediti esigibili lo sono mediante il pagamento che ha avuto luogo in conseguenza della graduatoria. Questa regola tende a semplicizzare il nostro sistema ipotecario.

Della riduzione dell'ipoteca convenzionale.

188. Le materie, che ho finora trattate, non sono state suscettibili di una spiegazione intorno alla riduzione dell'ipoteca convenzionale. Deggio dirne una parola primachè dia termine a questo paragrafo.

Non è da dubitarsi che il debitore non può domandare la riduzione dell'ipoteca convenzionale da lui accordata. L'art. 2161 del Codice, per-

mette la riduzione dell' ipoteche generali; ma n' eccettua formalmente le ipoteche convenzionali. Si vede bene che con ciò il legislatore ha creduto che la convenzione delle parti, la quale fa leggi per esse, non deve essere violata.

Ciò non ostante ho avuto occasione di far conoscere alcuni casi nei quali la riduzione dell' ipoteca non può essere domandata quantunque prenda la sua origine dalla convenzione Ma si trattava allora di eccezioni a cui circostanze particolari davano luogo; mentre qui trattasi di regola generale.

Della riduzione dell'ipoteca generale e convenzionale anteriore alla legge di brumaio.

189. Alcuni avevano opinato sulle prime che il debitore potea domandare la riduzione d'un ipoteca convenzionale, data prima della promulgazione della legge di brumaio, e che, per le leggi vigenti in quell' epoca veniva ad essere generale. Si fondavano nel dire, che l'ipoteca, sebbene convenzionale, era generale, e che l' art. 2161, eccettuando dalla facoltà della riduzione le ipoteche convenzionali, aveva parlato di quelle che si sarebbero stipulate per l' avvenire, vale a dire, delle ipoteche speciali; e che la facoltà della riduzione essendo stata introdotta da quest' istesso articolo per le ipoteche generali, tale disposizione doveasi applicare all' ipoteca antica, la quale era generale, ancorchè convenzionale.

Ma tale pretensione non potevasi sostenere. Anteriormente alle nuove leggi ipotecarie non questionavasi di riduzione d' ipoteche, e non si sarebbe potuta domandare. L' ipoteca convenzionale, col suo attributo di generalità, erasi conservata nella sua essenza esente da qualunque facoltà di reclamarne la riduzione. Come dunque si potrebbe esercitare un diritto tendente a diminuirla, in forza del Codice civile? È chiaro di darle con ciò un effetto retroattivo, il che non si può. Questo è quello che fu del pari giudicato con decisione della Corte reale di Agen, de' 4 fruttidoro anno 13, e da un'altra della Corte reale di Caen, de' 16 febbraio 1808. La prima è riportata nella raccolta di Denevers, anno 1806, pag. 198, al sup.; e la seconda, anno 1809, pag. 40, in detta raccolta, ed in Sirey anno 1809, 2. par., pag. 29.

Del caso in cui un' ipoteca generale viene modificata da una posteriore convenzione.

190. Si è veduto presentare un caso in cui dopo un' ipoteca legale, o generale, costituita anteriormente al Codice civile, sopraggiunge un atto

col quale si transige sopra l'antico credito, modificandolo. In tal caso, bisognerebbe distinguere se la transazione era tale che avesse recata un'innovazione all' antica convenzione ed all' antica ipoteca, in guisa che col nuovo atto, o convenzione fatta sotto l'impero del Codice civile, si fosse stabilita una nuova ipoteca, limitata su certi fondi, e quindi speciale: è ben evidente che allora l'ipoteca ha perduto il suo carattere d'ipoteca legale, o generale, che prima aveva, ed è divenuta meramente convenzionale e speciale; ed in questo caso non può esser questione della riduzione di una tale ipoteca. Ma se in seguito del nuovo atto, o convenzione, l'antica ipoteca, sia legale, sia semplicemente generale, non è stata punto innovata, e soprattutto, se per effetto della transazione il debitore avesse accordata un'ipoteca generale sopra i suoi beni presenti e futuri, per l'esecuzione della transazione istessa, in tal caso, malgrado il nuovo atto, fa duopo vedere nel contratto l'istessa ipoteca che prima esisteva. Non vi sarebbe differenza che sopra il valore del credito, il quale potrebbe essere aumentato o diminuito, ed allora, seguendo i principj di sopra riferiti, il debitore non potrebbe reclamare la riduzione dell'ipoteca. La differenza del valore del credito non ne produrrebbe una sul diritto di chiedere la riduzione.

Intanto, in Denevers, anno 1816, pag. 200, al supp. leggesi una decisione della Corte reale di Aix, degli 11 fruttidoro anno 12, che pare di aver giudicato l'opposto, e che quantunque non vi fosse stata innovazione relativamente all'ipoteca, pure ha accordata la facoltà di farla ridurre. Ma con molta difficoltà potrei rendermi ad una tal decisione: essa fa sorgere molte difficoltà. Del resto, si può consultare la decisione, e si possono quindi valutare i suoi motivi.

Quando mi occuperò dell' ipoteca legale, esaminerò se le ipoteche legali, delle donne maritate, de'minori e degl'interdetti, costituite prima del Codice civile, potrebbero essere ridotte in seguito della domanda fattane, e de' principj stabiliti dall' istesso Codice civile per le stesse ipoteche, questo Codice essendo in vigore.

CAPITOLO SECONDO

DELL' IPOTECA GIUDICIALE.

Divisione di questo capitolo.

191. Dividerò questo capitolo in due paragrafi. Tratterò nel primo delle ipoteche costituite in virtù di sentenze emesse da' tribunali di Francia, o da decisioni arbitrali rese parimente in Francia.

Nel secondo spiegherò la giurisprudenza relativa all' ipoteca che può nascere da sentenze de' tribunali stranieri, o dalle decisioni arbitrali rese da arbitri scelti in paese straniero.

PARAGRAFO I.

DELLE IPOTECHE DERIVANTI DA SENTENZE EMESSE DA' TRIBUNALI FRANCESI O DA SENTENZE ARBITRALI RESE IN FRANCIA.

SOMMARIO.

199. *Delle lettere di cambio, e degli effetti commerciali fatti con cambio a termine.*

200. *Resulta forse un' ipoteca giudiciaria d'un aggiudicazione fatta all'incanto dall'autorità di un tribunale o di un giudice da questo delegato?*

201. *Vi è ipoteca giudiciaria ancorchè le condanne contenute nelle sentenze sieno indeterminate.*

202. *Quali sono gli atti che emanano da' giudici di pace, i quali possono essere considerati come sentenze portanti ipoteca.*

203. *Dell' ipoteca che nasce dalle sentenze arbitrali.*

204. *L'iscrizione ch'è presa in virtù dell' ipoteca generale, gravita su tutti i beni che pervengono in seguito al debitore, quantunque egli cessi di possederli.*

205. *Del caso di matrimonio del debitore.*

206. *Quando un debitore sottoposto ad una ipoteca generale, cambia un fondo gravato di questa ipoteca, questo fondo, e quello permutato restano forse essi simultaneamente gravati da quest' ipoteca generale?*

Dell' ipoteca giudiciale secondo il diritto romano, e secondo il diritto francese.

192. Per poco che si conoscano le antichità romane relative alle ipoteche, restasi convinto della verità che dicea Basnage, *delle ipoteche*, cap. 4, n.° 3: « Che i giureconsulti romani aveano ammesse quattro specie d'ipoteche; la convenzionale, che nasce dalla convenzione delle parti; la legale stabilita dalla legge, e che per tal ragione si chiama anche tacita; il pegno pretoriano che aveva luogo quando per la contumacia o fuga del debitore il di lui creditore era posto in possesso dei di lui beni; ed il pegno giudiciale, che avea luogo quando in virtù d'una sentenza, o per esecuzione di questa, il creditore faceasi mettere in possesso de' beni di colui ch'egli aveva fatto condannare, onde essere pagato di quanto eragli dovuto. Di queste quattro specie d'ipoteche, soggiunge l'autore, noi non ne abbiamo ritenute che tre, giacchè il pegno giudiciale contiene quello del mutuante ».

Mornac, sulla legge 26, ff. *de pign. atc.* paragona il pegno pretoriano o giudiciale alla espropriazione reale. *Vernaculo nostro forensi dixerimus* NUNC PIGNORAMENTO D' IMMOBILI. Uno scrittore molto più moderno, il di cui parere è sempre per altro di un gran peso, si avvicina a questa idea. *Rep.*

di giurisp., alla parola ipoteca, sezione prima, §. 6, n.° 1.° L'ipoteca giudiciale, egli dice, è puramente del nostro diritto francese: *essa non si conosceva nel diritto romano*; giacchè non bisogna confonderla col pegno giudiciale ammesso fra noi. Il pegno giudiciale non acquistavasi nel diritto romano se non col pignoramento de' beni del debitore, fatto da un usciere destinato a tal effetto dal magistrato. Fra noi, continua a dire, si intende per pegno giudiciale il fondo pignorato, ed alla di cui amministrazione venne destinato un agente, e il cui affitto è stato fatto giudiciariamente. I mobili divengono parimenti un pegno giudiciale in virtù del pignoramento e della destinazione di un custode.

Ma tali proposizioni non sono perfettamente esatte. Il pegno pretoriano si cambiò nel pegno giudiciale, giacchè amendue emanavano dall' autorità del magistrato. L' autore della chiosa, sulla legge 2.ª *Cod. de praetor. pign.* lo dice in un latino più espressivo che elegante: *Largo modo utrumque posse dici judiciale, cum utrumque ipsorum detur a judice.* Fecesi sul principio qualche differenza tra l' uno e l'altro, la cui spiegazione sarebbe più curiosa che utile. È sempre vero però che il *pignus judiciale*, nel quale in seguito fu compreso il *pignus praetorium*, e che non potea aver luogo senza una sentenza di condanna, era propriamente un' ipoteca giudiciale. Non se ne può dubitare seguendo le leggi 1.ª e 2.ª *Cod. de praetorio pignore*, e la legge 1.ª *si in causa jud.* Si sa bene che nel diritto romano le parole *pignus* e *hypotheca* erano divenuti sinonimi: *Inter pignus et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest*, è detto nelle istituta lib. 4, tit. 6, §. 7. Quindi Giustiniano, nelle leggi testè riferite, presenta il pegno giudiciale come una vera ipoteca ch' egli assomiglia all' ipoteca convenzionale. *Veteris juris dubitationem decidentes ad duplum genus* HYPOTHECARUM *respeximus, unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur; aliud quod a judicibus datur, et praetorium nuncupatur.* Quel che conviene rimarcare onde penetrare fin dentro lo spirito del diritto romano, si è, ciocchè dice anche l' istesso imperatore, che l' ipoteca giudiciale ebbe per oggetto di supplire all' obbligazione volontaria alla quale il debitore si sarebbe ricusato per un sentimento di ingiustizia. *Nam invicem justae obligationis succedit ex causa contractus autoritas jubentis.* Tal è la vera idea che deesi formare nel diritto francese dell'ipoteca giudiciale. Siffatta ipoteca dunque era una cosa del tutto diversa dalla vendita in virtù d' un pignoramento reale, pel quale sonovi altri titoli nel diritto romano. Era allora questione di procedere alla vendita delle cose ipotecate, ciocchè formava l'oggetto di qualunque ipoteca, quando

l'acquirente non se ne liberava. Era allora il *jus distrahendi pignoris*, *si debitor frustretur neque pignus luat.*

Senza dubbio, onde esservi un' ipoteca giudiciale, o *pignus judiciale*, conveniva privarne il debitore per metterne in possesso il creditore in virtù d'un'ordinanza del giudice: *Sciendum est*, *ubi jussu magistratus pignus constituitur*, *non alias pignus constitui*, *nisi ventum fuerit in possessionem*, dice la legge 26 ff. *de pign. act.* Fino a che vi fu questo possesso ordinato dal giudice a vantaggio del creditore, ed effettuato, la sentenza di condanna non dava che un'azione personale, appellata in diritto *in factum vel ex judicato*; come l' hanno fatto conoscere, secondo i testi del diritto romano, Neron e Girard, annotatori dell'ordinanza di Moulins, sull'art. 53. Ma questo spoglio, che faceasi in persona del debitore, non era che una formalità per la quale veniva legalmente costituita l'ipoteca giudiciale. Ciò non deve far meraviglia, perchè, come dissi nel discorso preliminare, anticamente l'ipoteca non formavasi se non in virtù d'una tradizione vera o finta, la quale aveva relazione a quanto esisteva sotto il nome di *mancipatio*, e che, in tempi assai più vicini, il debitore per assicurare l'ipoteca convenzionale, si privava del possesso del fondo ipotecato a favore del creditore, e questi lo riteneva quante volte il pagamento non veniva effettuato nel tempo stabilito.

Il *pignus praetorium* o *judiciale* formava egualmente un'ipoteca giudiciale, che nel concorso di un creditore che aveva ottenuto semplicemente una sentenza di condanna, ed un creditore che erasi fatto mettere in possesso de' beni del debitore, faceva dare a quest' ultimo la preferenza. *Similiter in concursu pignorum judicialium*, *non qui prior sententiam obtinuit*, *utique potior est*; *sed is qui prior ex judicati causa pignus accepit*, *quoniam sibi vigilavit.* Nè questo è tutto: se molti creditori avevano ottenuto nell' istesso tempo il possesso de' beni del debitore, in tal caso essi venivano tutti in concorso. *Similiter cum multi creditores rei servandae causa in possessionem mittuntur*, *per idemque est jus omnium.* Questo è quanto dice Hotman, dietro molti testi del dritto romano, nel suo commentario sopra il titolo del Digesto, *qui pot. in pign.* pag. 82 e 83, edizione in 12, del 1576. Erano anche queste le idee di Pothier, *Pand. Just.* lib. 20, pag. 356, n.° 2, e pag. 571, art. 2. E siffatte idee si trovano del pari in parecchi luoghi dell'opera di Neguzianzio.

Sicchè la differenza che avvi tra il diritto romano ed il francese in ordine all'ipoteca giudiciale, è che in Francia basta la sentenza di condanna onde costituire l'ipoteca, senza il bisogno, come nel diritto romano, di al-

cuna esecuzione, e tradizione di fatto. Ciò fu stabilito dall'art. 53 dell'ordinanza di Moulins, del 1566, la quale fece cessare gli antichi usi che emanavano dal diritto romano, e che arrecò un gran cangiamento in questa parte nella nostra legislazione.

Una seconda differenza, non meno essenziale, si è che nel diritto romano l'ipoteca giudiciale veniva ad essere sempre speciale; nè poteva gravitare che su i fondi per i quali erasi ordinato la immissione in possesso. Si vede bene che questo dipendeva dalla natura delle forme, delle quali ho parlato. Una tal restrizione di specialità aveva del pari luogo quando, nel diritto romano, l'ipoteca convenzionale era generale, e quando si ammise che essa poteva darsi, *nudo consensu*, senza le antiche formalità, che andarono in disuso mentre che in Francia, dopo l'ordinanza di Moulins, l'ipoteca giudiciale è stata sempre generale, cioè, che essa sempre ha compresi i beni presenti e futuri.

Si possono paragonare le forme dell'ipoteche, che si usavano nel Belgio, ed in alcuni statuti della Francia, colle forme relative al possesso che il diritto romano accordava al creditore, per l'ipoteca giudiciale. Un tal paragone si fa assai più naturalmente, ed in una maniera più propria all'intelligenza del sistema ipotecario, di quel che il fece Mornac tra il pegno pretoriano, ed il pignoramento degli immobili. L'ipoteca, in sostanza, non consisteva che a mettere in possesso del fondo ipotecato il creditore, con una finzione. Avendo essa la sua esistenza da pubblici registri, ne resultava la pubblicità dell'ipoteca che, fra noi, si ottiene in virtù dell'iscrizione, che è una formalità assai più semplice.

Effetto della generalità dell' ipoteca giudiciale, riguardo alla forma colla quale può essere iscritta.

193. Diveniva necessario il lasciare, nella nuova legislazione, all'ipoteca giudiciale il carattere di generalità che sempre ebbe. L'ipoteca speciale è di maggior vantaggio al debitore: ma egli deve incolpare sè medesimo di non aver soddisfatto agli obblighi contratti senza prendere la precauzione di circoscriverne l'ipoteca. Tutto ciò che si è potuto fare nell'interesse dei terzi, senza dubbio per essi di un grande vantaggio, è stato di sottoporre tale ipoteca giudiciale alla pubblicità per mezzo dell'iscrizione.

Ma il carattere di generalità lasciato all'ipoteca giudiciale, non ha forse arrecata una differenza sul modo d'iscrivere questa ipoteta? Nell'art. 2123

del Codice civile si dice, che questa ipoteca può esercitarsi sopra gl'immobili attuali del debitore, e *sopra quelli che potesse acquistare.* Da qui n'è nata la questione, se il creditore con una sola iscrizione, può gravare ad un tempo, non solo gl'immobili che appartengono attualmente al debitore, nel circondario dell'ufficio ove l'iscrizione viene presa, ma bensì tutti quelli che in seguito gli apparterranno, e che saranno situati nell'istesso circondario: in una parola, se si può agire, come nel caso di un' ipoteca legale, o se, per i beni futuri, l'iscrizione deve di necessità prendersi successivamente ed a misura degli acquisti che il debitore farebbe di questi beni, o secondochè gli ricaderebbero per successione o in altro modo qualunque. La questione non era senza difficoltà; ed ho veduto che coloro che l'hanno trattata non sono concordi sulla soluzione.

Intanto, penetrandosi dello spirito della legislazione che attingesi da parecchi articoli del Codice, si rimane persuasi che tutti i beni presenti e futuri del debitore hanno potuto essere simultaneamente gravati in varj circondarj mediante una sola iscrizione. Tale opinione dipende dall'avere l'ipoteca giudiciale un carattere ben determinato d'*ipoteca generale.* Ed un tal carattere di generalità è figlio dell'art; 2123. *Essa può esercitarsi sopra gl'immobili attuali del debitore, e sopra quelli che potesse acquistare.* In queste parole è impossibile di non ravvisarvi un'ipoteca che si crea all'istante della sentenza, sopra tutt'i beni, qualunque sieno, tanto presenti che futuri. Questa generalità si deduce parimente da' termini dell' art. 2148 §. 5. Dopo aver detto che la iscrizione conterrà la indicazione della specie e della situazione de' beni su de' quali il creditore pretende di conservare il suo privilegio o la sua ipoteca, in via di eccezione vi si dice: » Questa indicazione non è necessaria ne' casi d' ipoteche *legali o giudiciali*: per tali ipoteche, in mancanza di convenzione, una sola iscrizione assoggetta tutti gl' immobili compresi nel circondario dell' ufficio ». Un tal articolo prova che, secondo l'idea del legislatore, l'ipoteca giudiciale e l'ipoteca legale sono del tutto simili, almeno in quanto al modo, sia nella ipoteca, sia nella iscrizione, di tutt'i beni presenti e futuri. Finalmente a che obbligare il creditore a prendere iscrizione a misura che i beni ricaderanno al debitore? A che assoggettarlo ad una penosa vigilanza, accompagnata da tanti pericoli? Perchè esporlo ad essere vittima dell' astuzia de' creditori che potrebbero egualmente essergli posteriori in ipoteca, e che stando vigilanti sopra le operazioni del debitore, o sulle successioni che potessero ricadergli, otterrebbero un'ingiusta preferenza, con una iscrizione anteriore, soprattutto se essi abitassero nel luogo del domicilio del debitore, e se il pri-

mo creditore si trovasse molto lungi? Se una sola iscrizione gravita su tutt'i beni presenti e futuri del debitore, i terzi non possono risentirne alcun danno; basta, pel loro interesse, che la iscrizione gli faccia conoscere che tutt'i beni, per i quali intendono contrarre, sono stati colpiti dall' ipoteca.

Ciò che imbarazzava lo scioglimento della questione si è, che si opponeva dover essere lo stesso nel caso dell'art. 2130. L'art. 2129 prescrive le regole della specialità per l' ipoteca convenzionale, e termina con queste parole. *I beni futuri non possono essere ipotecati.* In seguito, nell' art. 2130; è detto, che nondimeno, se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito, egli può, esprimendo tale insufficienza, acconsentire che ciascuno de' beni, che acquisterà nell' avvenire, resti ipotecato a misura degli acquisti.

Ma non potrebbesi poi sostenere il paragone che s'istituirebbe tra questa ipoteca, e la giudiciale. Si vegga il num. 62.

In primo luogo, la stipulazione dell'ipoteca de'beni, che il debitore può in seguito acquistare, è una dipendenza dell'ipoteca speciale, e per conseguenza speciale; essa ha dunque dovuto essere soggetta alle medesime regole della ipoteca speciale, almeno per quel che riguarda l'iscrizione.

In secondo luogo, la necessità dell'iscrizione a misura che gli ricadono de' beni, in seguito dell' obbligazione, rilevasi da quanto dicesi nell' art. 2130, che il debitore, cioè, può acconsentire che *ciascuno* de'beni, ch'egli acquisterà nell' avvenire, resti ipotecato *a misura degli acquisti.* La legge non potea dire con maggior energia, che quantunque l' ipoteca resulti dall'obbligazione, pure essa non si applica a' beni futuri, e parzialmente, se non ad ogni volta ch'essi ricadono al debitore. La differenza che avvi tra questi termini e quelli degli art. 2123 e 2148, da noi riportati, è tanto grande, che basterebbe da sè sola a stabilire una decisione in contrario. Questa differenza è una prova incontrastabile, che l'ipoteca giudiciale ha un carattere di generalità che manca alla stipulazione dell'ipoteca sopra i beni futuri, particolarmente tollerata nell' art. 2130.

Bisogna intanto convenire che l'art. 2161, che detta il modo di esercitare l'azione per riduzione d' ipoteca, in caso che il valore de' beni superi l'ammontare del debito, si può applicare al caso preveduto dall'art. 2130, come all'ipoteca giudiciale. In quest'art. 2161 si dice: « Se le iscrizioni ottenute da un creditore il quale, secondo la legge, abbia il diritto di farle eseguire sopra *i beni presenti e futuri* del suo debitore, senza che alcun patto abbia limitato tal diritto, si estendano sopra diversi ec. » E tanto nel caso dell'art. 2130, quanto in quello dell'ipoteca giudiciale, il

creditore ha diritto d'iscriversi sopra i beni presenti e futuri. Ma siccome la regola della riduzione è comune a queste due specie d'ipoteche, non può quindi dedursene una identità di principj, per concluderne che in amendue i casi una prima iscrizione possa ad un tempo gravitare sui beni presenti e futuri. Tale facoltà non concerne che l'ipoteca giudiciale, ed è estranea all'ipoteca stipulata nel caso preveduto dall' art. 2130.

Finalmente, la questione venne giudicata in massima, relativamente all'ipoteca giudiciale, da un decreto della Corte di cassazione, sezione civile, del 3 agosto 1819, Denevers, anno 1819, pag. 561. Essa consacrò il principio che una sola iscrizione, presa dal creditore che gode un'ipoteca giudiciaria, può comprendere con effetto tutt'i beni presenti e futuri, situati nel circondario di un istesso ufficio; e che non fu nel voto della legge che in tal caso vi fossero state tante iscrizioni successive, a misura de'nuovi acquisti fatti dal debitore. Mi contento rinviare a' motivi del decreto, che convalidano i principj da me esposti prima di averne avuta conoscenza. Ora vi è luogo di sperare che non si eleveranno delle altre questioni.

Si può prendere un' iscrizione in virtù d' una sentenza non ancora notificata al procuratore, o alla persona, o al domicilio?

194. Secondo l'art. 11, del tit. 35 dell'ordinanza del 1667, quando si trattava di decisioni o sentenze contradittorie, rese all'udienza, esse, in quanto all'ipoteca, aveano il loro effetto dal giorno in cui erano state rese, quantunque non ancora notificate. Quando poi si trattava di sentenze contumaciali, o di quelle rese con istruzione per iscritto (quando si emettevano nella camera di consiglio)esse non producevano il loro effetto,sempre per quel che riguarda l'ipoteca, se non dal giorno della loro notificazione al procuratore. Alcune ordinanze più antiche eransi spiegate su tal oggetto, ma con minor precisione, almeno per quel che riguardava la data dell' ipoteca che dovevano produrre le sentenze contumaciali. Credo inutile il risalire ad esse. L' art. 53 dell' ordinanza di Moulins prescriveva soltanto che dal dì della condanna pronunziata in ultima istanza, e dal dì in cui venne proferita, si acquistasse l' ipoteca sopra i beni del condannato. Pel di più può vedersi quanto venne detto da Rodier, sull'art. 11 dell' ordinanza del 1667, di sopra citata, e sull'art. 17 del tit. 27.

I principj su tal oggetto non sono più i medesimi; essi sono, almeno, ben diversi da quelli ammessi dall'ordinanza del 1667. Tali cambiamenti derivano perchè nella nostra legislazione, l'ipoteca, non prendendo il suo

rango che dal dì dell'iscrizione, fu quindi d'uopo di dare al creditore i mezzi onde non essere vittima della mala fede di un debitore, che avrebbe potuto impiegare misure fraudolenti, per ritardare un'iscrizione, e rendere senz'effetto una sentenza. È per tal motivo che l'art. 2123 è concepito assai diversamente. « L'ipoteca giudiciale, ivi si dice, deriva da sentenze profferite, sia in contraddizione delle parti, sia in contumacia, definitive o provvisorie, a favore di chi le ha ottenute ». Quindi, dopo una disposizione così assoluta, l'ipoteca emana dalle sole sentenze. La legge non ammette veruna condizione perchè l'ipoteca abbia luogo; essa tace relativamente alla notificazione, sia al procuratore, sia alla persona o al domicilio. Si può fare il medesimo ragionamento sull'art. 3 della legge degli 11 brumaio, anno 7, la quale dice semplicemente: « L'ipoteca esiste per un credito risultante da una condanna giudiciale ».

Testi tanto precisi non possono permettere che altra controversia insorga. È vero che nell'art. 147 del Codice di procedura civile, si prescrive: « Se vi ha procuratore in causa, la sentenza non potrà essere eseguita, se non dopo di essere stata notificata ad esso; *e ciò sotto pena di nullità.* Le sentenze provvisorie e definitive, allorquando pronunciano una condanna, dovranno essere notificate anche alla parte, o in persona, o nel domicilio, e sarà fatta menzione della notificazione al procuratore ». Nell'art. 155 dell'istesso Codice è anche detto, che le sentenze contumaciali non saranno eseguite se non dopo otto giorni da quello della notificazione fatta al procuratore costituito, se vi è stata costituzione di procuratore, e dalla notificazione fatta alla persona, o al domicilio, se non vi è stato costituzione di procuratore. Ma dalle disposizioni di questi articoli non se ne può dedurre, che non possa prendersi iscrizione in virtù d'una sentenza sia contumaciale, sia definitiva, sia provvisoria, prima che venga notificata al procuratore, o alla persona, o al domicilio. Un'iscrizione al certo non è un'esecuzione di sentenza nel senso degli art. 147 e 155 del Codice di procedura civile. Sono atti di esecuzione d'una sentenza quei diritti usati contro al condannato per costringerlo al pagamento, sia con un pignoramento di mobili, sia con un pignoramento sugl'immobili, sia in fine con un arresto personale. Ma un'iscrizione è un atto puramente conservatorio. Esso per sè stesso conserva un tal carattere, ed in tutte le occasioni glielo danno del pari le decisioni dei tribunali. Una decisione della Corte reale di Parigi, in data de' 23 agosto 1808, Sirey, anno 1809, pag. 12, 2.ª parte, ha deciso che un'iscrizione era un *atto conservatorio* e che potea prendersi da un emigrato provvisoriamente cancellato dalla lista. Inoltre, un decreto della Corte di cassazio-

ne, de' 5 settembre 1810, Denevers, anno 1810, pag. 513, ha formalmente deciso che un' iscrizione non è in sè stessa che una *misura puramente conservatoria*. L' iscrizione, in verità, offre al creditore che la prende, un vantaggio che non ha ancora alcuna esistenza; ed un tal vantaggio non consiste nell'ipoteca, ma soltanto nell'efficacia dell'ipoteca; e l'oggetto che si vuole conservare è tale, che diverrebbe del tutto nullo, se fosse in arbitrio del debitore d'impedire il solo mezzo che si ha per conservarlo. Questo debitore inoltre è di mala fede, quando con un appello, il cui destino è incerto, pretende annullare provvisoriamente un diritto derivante da un atto giudiciale, che senza dubbio esiste, ancorchè non sia irrefragabile.

La Corte di cassazione a' 21 maggio 1811, Denevers lo stesso anno, pag. 288, rendè un decreto col quale giudicò che sotto la legge di brumaio poteasi prendere un' iscrizione in virtù d' una sentenza contumaciale, anche prima della sua notificazione. In Denevers anno 1812, pag. 31, supp., trovasi pure una decisione della Corte reale di Besanzone, in data del 12 agosto 1811, che è uniforme al decreto della corte di cassazione. Sotto l'impero del Codice civile si osservano i medesimi principj. Le discussioni che precedono tali decisioni non fanno conoscere che siasi fatta mai valere l' opposizione desunta dalle disposizioni degli articoli 147 e 155 del Codice di procedura civile. Non pertanto ho veduto altrove questa opposizione, e la trovo nelle osservazioni fatte dall' autore della Raccolta, in fine della decisione; ed ho stimato utile aggiunger nuovi motivi alle riflessioni colle quali egli l'oppone.

Ma perchè un' iscrizione si prenda, fa duopo che la sentenza sia registrata e spedita. Non si sa neppur concepire come senza registro e spedizione possa mai il conservatore procedere all'iscrizione.

Del caso di una sentenza contumaciale sopra una dimanda di recognizione di un obbligazione con iscrittura privata. Del caso in cui si nega qualche atto scritto.

195. I principj sono gli stessi nel caso d'una sentenza che ha per oggetto la recognizione d'un atto obbligatorio. La sentenza in contradizione, o contumaciale, produce ipoteca dal dì della sua data, senza che vi sia bisogno di alcuna notificazione, inmodochè l' iscrizioue si può prendere prima che venga notificata.

Un decreto della Corte di cassazione, de' 13 febbraio 1809, riportato da

Sirey, lo stesso anno, part. 1.ª, pag. 134, e da Denevers pag. 83, giudicò che una sentenza contumaciale, riguardante una recognizione d'una scrittura privata, non producea ipoteca se non dal dì della notificazione; ma è necessario osservare, che la questione su cui fu reso il decreto nacque in tempo dell'Ordinanza del 1667, e la Corte di cassazione ragionevolmente opinò giusta i principj di questa Ordinanza, le di cui disposizioni sono state da me riportate nel numero precedente. Ciocchè prova che la controversia sarebbe stata altrimenti decisa, se si fosse trattato di una sentenza resa sotto l'impero del Codice civile, oppure vigendo la legge di brumaio anno 7, redatta con gli stessi identici principj, si è che nel decreto de' 5 settembre 1810, da me riportato, avvi la seguente considerazione: « Attesocchè le sentenze ottenute dal sig. Giovanni ed Andrea Cornu, contra il sig. Lane di Vareilles, sono posteriori alla legge degli 11 brumaio anno 7 ».

Deggio rimarcare che, secondo l'art. 92 dell'Ordinanza del 1539, l'ipoteca, nel caso presente, prendeva la sua data dal giorno della sentenza contumaciale, come se l'atto di obbligo fosse stato confessato. Secondo questo articolo, l'ipoteca non dipendeva dalla intimazione sulla quale serbava il silenzio; ma la Corte di cassazione credè, come aveva fatto la Corte reale di Riom, che emanò la decisione contro la quale eravi stato ricorso, che l'Ordinanza del 1667, art. 11 del tit. 35, avea derogata all'Ordinanza del 1539. Il decreto fu anche reso nel senso che questo articolo dell'Ordinanza del 1667 comprendeva indistintamente, non solo nel caso d'una sentenza contumaciale che avea per riconosciuta la promessa di obbligo, ma bensì quello d'una sentenza che pronuncia una condanna. Quindi, seguendo la disposizione assoluta dell'art. 2123 del Codice civile, la sentenza contumaciale che ha per riconosciuta una promessa, e quella che stabilisce contradittoriamente la recognizione delle parti, conferisce l'ipoteca al momento, e la iscrizione si può prendere senza attendere la notificazione.

Ma quando il debitore niega la firma che gli si attribuisce, ciocchè forma il caso previsto dall'art. 195 del Codice di procedura civile, allora è impossibile di prendere iscrizione, o almeno questa iscrizione non si potrà prendere se non dall'istante in cui la firma si sarà riconosciuta come vera, giusta l'art. 213 dell'istesso Codice, per effetto delle procedure prescritte, in siffatti casi, dall'art. 195 e seguenti. Si può quindi conchiudere che impugnandosi la firma, l'ipoteca allora non prende origine, se non dopo della verificazione (argomento tratto dall'art. 2123 del Codice civile): « L'ipoteca, ivi si dice, deriva parimente dalle recognizioni, o *verificazioni* fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto d'obbligo steso

con iscrittura privata ». La data della verificazione, che suppone una negativa; non è la stessa della data della recognizione.

Si diceva nell'art. 93 dell'Ordinanza del 1539: « Se alcuno citato a riconoscere la sua firma, comparisce e la impugna, e se in seguito si prova dal creditore di essere vera, l'ipoteca allora avrà luogo e correrà *dal giorno della detta negativa e contestazione.* » Ecco ciocchè si è praticato fino alla legge di brumaio anno 7. Ma in seguito, e sotto l'impero del Codice civile, quest'articolo dell'Ordinanza del 1539 non si è reso più applicabile. L'iscrizione non può essere presa, se non quando l'ipoteca la precede; e per esservi ipoteca, vi bisogna un titolo, ancorchè l'effetto di questo titolo possa in seguito rivocarsi. Ora nel caso che impugnisi la scrittura, o la sottoscrizione apposta alla scrittura, non vi è titolo nè provvisoriamente, nè definitivamente. Questa risoluzione è figlia della differenza che avvi fra l'ipoteca occulta e la pubblica.

Quel che si è detto si applica egualmente al caso d'una scrittura firmata da uno che in seguito è morto, ed il di cui pagamento è reclamato contro gli eredi. Negli art. 1322, 1323 e 1324 del Codice civile si veggono le differenze tra il caso in cui citasi per la recognizione o della scrittura o sottoscrizione, quell'istesso che si vuole esserne stato l'autore ed il caso nel quale si citano gli eredi di quest'ultimo. Se gli eredi dichiarano di conoscere la scrittura o sottoscrizione, vi sarà un'ipoteca sopra i beni personali di questi eredi, come pure sopra i beni del defunto (1). Se gli eredi dichiarano di non conoscerlo, allora l'ipoteca resta sospesa, come nel caso di negativa per parte di quell'istesso che si vuole essere l'autore della promessa.

Nell'art. 1323 si prescrive che, quegli, contra cui si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione; e che i suoi eredi, o aventi causa possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore. In caso d'una tal dichiarazione, come in quello di negativa per parte di colui che è l'autore della promessa, se ne deve ordinare la verificazione giudiciale, secondo i termini dell'art. 1324. Si vede a colpo d'occhio la ragione di una tal differenza. Si conosce la propria firma: devesi quindi riconoscere o disapprovarla; men-

(1) Bisogna intanto osservare, che questa ipoteca sopra i beni del defunto non potrebbe aver luogo in danno de' creditori del defunto, de' legatarj che possono domandare la separazione del patrimonio del debitore trapassato da quello de' suoi eredi. Si riscontri quanto io dico, nella 2 parte, cap. 1.° sez. 3, §. 6, intorno a questa separazione di patrimonj.

tre si può colla massima buona fede non conoscere quella dei proprj autori.

Ciò non ostante, non si debbono sempre prendere letteralmente i termini ne'quali sono tenuti gli eredi di spiegarsi secondo le disposizioni della legge. Vi possono essere delle circostanze nelle quali i tribunali potrebbero, anche relativamente a quello che dicevasi aver sottoscritto l'obbligo, ordinare che, in un dato tempo, gli eredi saranno nell'obbligo di dichiarare s'eglino riconoscono la scrittura o la sottoscrizione di un obbligo che si pretende essere stata apposta dal loro autore, e non ordinare la verificazione che quando gli eredi non procurano di spiegarsi. Questo avverrebbe, per esempio, se nel corso d'un giudizio vi fosse stata qualche tergiversazione per parte degli eredi; se eglino avessero fatto conoscere di essere nella scienza che la scrittura o sottoscrizione fosse del loro autore. Un decreto della Corte di cassazione, de' 17 maggio 1808, rigettò il ricorso fatto contro una decisione della Corte reale di Parigi, che aveva relativamente all'erede, ordinata una dichiarazione, secondo i termini da me riferiti. Rinvio al decreto, trattandosi di circostanze particolari, per le quali lo cito come esempio. Veggasi in Denevers, anno 1808, pag. 357.

Del caso di appello, d'una sentenza, e di quello dell'opposizione.

196. L'Ordinanza di Moulins fu emendata per alcune rimostranze del parlamento di Parigi, con una dichiarazione emessa a'10 luglio 1566. Coll'art. 11 di una tal dichiarazione, interpetrativa dell'art. 53 di questa Ordinanza si disse: « L'ipoteca sopra i beni del condannato avrà luogo ed effetto dal giorno della sentenza *s'è confermata con una decisione*, o se non vi è stato appello ». Sì fatta disposizione è evidentemente giusta, e si concilia perfettamente colla nostra legislazione, sopra tutto, in seguito di quello che si è detto. Quindi l'iscrizione si può prendere malgrado l'appello, salvo a domandarsi in seguito, se vi ha luogo, la radiazione o la restrizione. Ciò praticasi giornalmente, e quando le parti conchiudono intorno a ciò, queste radiazioni o restrizioni si ordinano dalla Corte di appello. Con questa condotta si evita un nuovo giudizio.

Alcuni scrittori, su tal oggetto, avevano elevata una difficoltà veramente singolare. Essi pretendevano che quando la sentenza era riformata in una parte delle somme per le quali si era pronunziata la condanna, l'ipoteca, per le restanti somme, non rimontava più alla prima sentenza, e prendeva la sua data dal dì della sentenza o della decisione resa sul-

l'appello. Il sig. Maleville sopra l'art. 2123 del Codice civile ed il sig. Persil, *Regime ipotecario* sull'istesso art. n. 2, hanno fortemente combattuta tale opinione. Io soggiungo ch'essa era stata già riprovata da Pothier, *Introd. al titolo 20 dello statuto d'Orléans*, n. 17. È di fatti impossibile di non adottare il loro avviso. L'iscrizione presa in virtù di una sentenza dovrebbe, dunque, conservare il suo effetto fino alla concorrenza di quanto resta a doversi dopo la riduzione ordinata in grado di appello. Non si saprebbe concepire come mai il titolo, sussistendo per una parte, non dovesse poi valere nel modo istesso per l'iscrizione che n'è un'accessorio.

Quel che si è detto dell'appello deve dirsi ancora nel caso di opposizione. La ragione è l'istessa. Ma su tal proposito devesi fare un'osservazione essenziale. L'art. 156 del Codice di procedura prescrive, che le sentenze contumaciali profferite contra una parte che non ha costituito procuratore saranno notificate con particolari formalità; e poi soggiunge, che tali sentenze verranno eseguite fra sei mesi dal giorno della emanazione di esse: *diversamente si avranno come non profferite*. L'art. 159 dell'istesso Codice stabilisce il modo dell'esecuzione. Si è questionato se l'articolo 156 possa essere applicato al caso di una sentenza contumaciale che ha per riconosciuto un atto d'obbligo steso con iscrittura privata. Quello che l'ottenne, ed al quale si oppose la perenzione della sentenza contumaciale, per non essersi eseguita dopo sei mesi, dicea che l'art. 156 era estraneo alla controversia, poichè una simile sentenza, a parlare propriamente, non era una sentenza di condanna, e che non era suscettibile dell'esecuzione prescritta dall'art. 159. Con una decisione confermativa, la Corte reale di Grenoble giudicò che la sentenza, per recognizione di scrittura, di cui era oggetto, non essendosi eseguita fra sei mesi dacchè fu profferita, doveva secondo l'art. 156, aversi come non profferita; che trattandosi di sentenze contumaciali, non può farsi alcuna distinzione fra una sentenza per recognizione di scrittura ed una sentenza di condanna, giacchè l'art. 156 non ne fa alcuna; che d'altronde, la sentenza di cui si tratta, contenendo una condanna di spese, potea essere eseguita con un pignoramento qualunque; e che anche quando non racchiudesse che una semplice recognizione, potea sempre autorizzare un sequestro per misura conservatoria; che quindi, l'iscrizione presa *più di sei mesi dopo che si ebbe la sentenza*, e in un'epoca nella quale colui che l'ottenne non avea nè titolo nè ipoteca, doveasi riputare come non avvenuta. La Corte di cassazione, con decreto de' 22 giugno 1818, rigettò il ricorso.

I motivi del rigetto sono che le sentenze erano contumaciali; ch' esse avevano pronunziate delle condanne che poteauo essere eseguite nel modo stabilito dall'art. 159, e che nulla dava ad intendere di essersi eseguite fra i sei mesi dalla loro data. Si vede bene che riassumendo questi motivi si trovano essere i medesimi di quelli del primo decreto. Vedi Denevers, anno 1818, pag. 626.

Da un tal decreto risulta, che non si può in virtù d'una sentenza contumaciale, prendere iscrizione quando la sentenza non è stata eseguita fra i sei mesi dal giorno in cui fu emanata. Devesi parimente andare più in là: si deve credere che l'iscrizione presa prima dello spirare de'sei mesi rimarrebbe senza effetto, se non si eseguisce la sentenza contumaciale, poichè la iscrizione non è un atto di esecuzione nel senso e secondo lo spirito dell' art. 159. Sarebbe in tal caso come in quello della radiazione fatta d'una iscrizione in virtù di sentenza contumaciale. La Corte di appello di Trèves, ha ragionevolmente giudicato, con decisione in data de' 10 agosto 1810, che, questa radiazione non poteasi riguardare come un'esecuzione, e non impediva la perenzione della sentenza. Questi atti non possono essere alla conoscenza del contumace, e l' art. 159 prescrive atti di esecuzione a questi noti. Vedi Denevers, anno 1811, pag. 145, al sup. È pur troppo vero che l'iscrizione non impedisce la perenzione della sentenza (specie di prescrizione), ch'essa in generale non interrompe la prescrizione relativamente al debitore, art. 2180 del Codice civile.

Dopo di aver data la mia opinione, è giunto a mia conoscenza un'decreto della Corte di cassazione de' 19 dicembre 1820, riportato da Denevers, anno 1821, pag. 296, che in un senso conferma questa mia opinione, e che la distrugge in un altro. La conferma, giudicando che un'iscrizione presa negli otto giorni da una sentenza contumaciale, contenente recognizione di scrittura a favore del creditore, è valida perch'è un atto conservatorio; la distrugge poi, giudicando che questa iscrizione ha conservato il suo effetto, ancorchè fossero scorsi i sei mesi dalla notificazione della sentenza, senza che siavi stata alcun' esecuzione di essa, sul motivo che l'iscrizione istessa doveasi riguardare come un atto di esecuzioue della sentenza.

In quest'ultimo senso, il decreto non distrugge le difficoltà. Si dubiterà sempre che l'art. 159 del Codice di procedura, non dando il carattere di esecuzione, se non ad un atto *col quale resulti necessariamente che l'esecuzione della sentenza è venuta a notizia colla parte contumace*, si possa considerare come tale un'iscrizione che non è necessariamente nella scienza

del debitore contumace, e che per questo egualmente non interrompe la prescriziono. Sarà quindi facile il conoscere, che per impedire la perenzione d'una sentenza, e conservare l'efficacia all'iscrizione, bisogna dare esecuzione alla sentenza con i mezzi stabiliti da quest'art. 159, avanti lo spirare de' sei mesi dalla data della sentenza.

Dell' influenza dell' incompetenza del tribunale che pronunziò la condanna, o che ebbe per riconosciuta la scrittura.

197. Si può elevare la questione, se si avrebbe potuto prendere iscrizione nel caso in cui si opponesse l'incompetenza del tribunale che ha profferita la sentenza, per effetto della quale si fosse presa iscrizione.

Convien distinguere. Se si trattasse d'una sentenza che avesse pronunziata una condanna nel merito, l'iscrizione si potrebbe sempre prendere, e il suo destino dipenderebbe interamente da quello della sentenza impugnata. Si vede bene che l'iscrizione crollerebbe colla sentenza che le serve di base. D'Héricourt, *Trattato della vendita degl' immobili*, cap. 11. sez. 2., n. 3, spiega all'oggetto l'antica giurisprudenza d'una maniera che può essere utile anche nella nuova legislazione. « È anche un uso certo, egli dicea, che la sentenza pronunziata da un giudice incompetente a conoscere una questione, dà diritto d'ipoteca al creditore dal dì della sua data, quando la parte ha proceduto volontariamente avanti al giudice incompetente, o, se il condannato non è comparso, quando egli non si è provveduto nel tempo voluto dall'ordinanza onde far dichiarar nulla la sentenza pronunziata contro di lui ». Pare che il signor Persil sia dell' istesso avviso. *Regime ipotecario*, art. 2123, n. 3.

Ma facciamo l'ipotesi che il creditore dell'ammontare di una promessa con iscrittura privata, si contenti di far citare il debitore avanti ad un giudice o ad un tribunale per riconoscere semplicemente questa promessa, senza citarlo per la condanna del credito; che questo giudice o tribunale si limitassero a dichiarare la contumacia, il cui profitto sarebbe che la scrittura o la sottoscrizione si avrebbero per riconosciute: che in virtù di questa sentenza si fosse presa un'iscrizione, e che in seguito il debitore fosse stato condannato da un altro giudice o tribunale al pagamento del credito: in tal caso l'iscrizione avrebbe il suo effetto dal giorno della sua data, quantunque il giudice o tribunale, i quali in contumacia pronunziarono aversi la scrittura o sottoscrizione per riconosciute, e portare ipoteca, erano assolutamente incompetenti; se egli lo era, per esempio, *ratione mate-*

riae? Si vede bene che tal questione presso a poco non sarebbe senza difficoltà.

Anticamente eravi un principio, che qualunque giudice era competente per la recognizione di una scrittura o sottoscrizione, o per tenerle come riconosciute. Non si facea eccezione che per quei giudici ecclesiastici, i quali non avevano che una giurisdizione personale, senza territorio, nè potere sopra i beni. Secondo l'art. 92 dell'Ordinanza del 1539, ciò non deve punto sorprendere. Era nello spirito di questa Ordinanza di facilitare tutti i mezzi onde ottenere ipoteca per parte di un creditore, in virtù di una promessa con iscrittura privata. Un creditore potea far citare un debitore, in qualunque parte questo si fosse trovato, anche se era in viaggio, ed il debitore potea essere tradotto innanzi qualunque giudice secolare del luogo ove egli si trovava. L'azione per recognizione della scrittura, ancorchè il suo oggetto fosse di procurarsi un'ipoteca, non era che preparatoria relativamente al credito di cui si poteva in seguito domandare il pagamento: ma una tale domanda si doveva allora portare avanti al giudice competente. È egualmente secondo queste idee che si diceva in detto art. 92, che la parte citata *non poteva allegare alcuna incompetenza.* Bisogna nondimeno osservare che il giudice, qualunque si fosse, competente o nò, avanti al quale semplicemente si domandava la recognizione, potea pronunziare, e, in caso di contumacia, ordinare che la scrittura o sottoscrizione si sarebbero avute per riconosciute: ma se si negava la scrittura o la sottoscrizione, in tal caso era egli obbligato di rimettere le parti avanti al giudice competente per la verificazione.

Però sembrami che questo non si può al presente praticare. Qualunque sentenza relativa ad una recognizione di scrittura, quando la domanda di recognizione forma una domanda principale, è un'operazione giudiciale; ed ecco perchè, nel caso in questione, la sentenza contumaciale che ha per riconosciuta la scrittura o sottoscrizione, imprime un'ipoteca giudiciaria. Ora, tanto questa ipoteca, quanto la condanna nel merito, non può emanare che da un giudice competente. Nondimeno è noto che se la recognizione fosse incidentemente domandata in una lite pendente, o che per effetto delle circostanze si dovesse portare avanti ad un tribunale diverso da quello del domicilio del debitore, allora questo tribunale sarebbe il solo competente a procedere. L'art. 1322 del Codice civ. così lo fa supporre Ivi si dice: *La scrittura privata riconosciuta da quello contra cui si produce.* Queste parole, *contra cui si produce*, annunziano un'azione giudiciaria già introdotta.

D'altronde, questo articolo coincide del tutto coll'art. 193 del Codice di procedura civile, che presenta necessariamente questa idea. Il suddetto art. 1322 prevede in seguito il caso in cui una sentenza contumaciale considera come riconosciuta una scrittura; e vi sta detto, *o legalmente considerata come riconosciuta*. Questa parola, *legalmente*, non è stata messa senza fine; e qualunque sentenza, profferita da un giudice incompetente, non si può riguardare come legale. Quando nell'art. 193 del Codice di procedura dicesi che, trattandosi di far riconoscere e verificare le scritture private, l'attore potrà, senza permesso del giudice, far citare la parte a tre giorni, onde ottenerne un atto della di lei recognizione, o far dichiarare che la scrittura deve aversi per riconosciuta, si deve supporre che il legislatore abbia inteso parlare del giudice competente, perchè tal'è il principio generale. Questo principio generale risulta dall'art. 168 e seguenti del Codice di procedura. Secondo l'art. 170, se l'incompetenza è per ragione della materia, non vale a coprirla nè anche il consenso della parte. Si potrebbe dunque distinguere l'effetto della condanna definitiva da quello della sentenza contumaciale, che ha come riconosciuta una scrittura o sottoscrizione; e pretendere che non si possa prendere iscrizione se non in virtù d'una condanna definitiva, e giammai in forza d'una sentenza contumaciale. In simili casi, sarà prudente di citare colui contro del quale si suole ottenere la recognizione d'una promessa con iscrittura privata, avanti al vero giudice o tribunale del suo domicilio, cioè innanzi al giudice di pace quando la somma non è al di là de' limiti della sua competenza, ed in contrario avanti al tribunale civile.

Per le recognizioni fatte innanzi notaro, di scritture private, esse hanno relazione coll'ipoteche convenzionali delle quali ho altrove parlato.

Quando si può domandare la recognizione di un obbligo prima della sua scadenza.

198. Si può forse domandare la recognizione di un obbligo prima della scadenza? Anticamente l'affermativa era senza difficoltà. Rodier ce lo insegnava, sull'art. 6 del tit. 12 dell'Ordinanza del 1667, questione 2, ove spiega gli antichi usi che si praticavano su di ciò. Sotto l'impero della legge di brumaio, e del Codice civile si conservarono i medesimi principj fino alla legge de' 3 settembre 1807, contro a quel che opinarono alcune Corti reali, con tre decreti della Corte di cassazione, de' 3 febbraio 1806, 15 gen-

naio e 17 marzo 1807. *Ved.* Denevers, anno 1806, pag. 92, e 1807, pag. 114 e 154. Ma questa legislazione venne pur troppo modificata da questa legge dei 3 settembre. Ivi, coll'art. 1, si prescrive che profferendosi una sentenza su di una domanda di recognizione di obbligo con iscrittura privata, formata prima della scadenza o esigibilità del detto obbligo, non si potrà prendere alcuna iscrizione ipotecaria in virtù di questo giudizio, *se non in mancanza del pagamento dell'obbligo dopo la sua scadenza o esigibilità*, eccetto senon siavi una stipulazione in contrario. L'articolo seguente indica i casi ne'quali le spese del giudizio e quelle del registro saranno a carico del creditore o a quello del debitore. Lo spirito di questa legge vuole che l'ipoteca resulti dalla sentenza istessa, ch'ella abbia la sua esistenza nella medesima, ma che non possa avere il suo effetto se non mediante iscrizione. Quest'iscrizione non può prendersi se non dopo la scadenza, in modochè non avvi bisogno di una nuova sentenza onde si possa prendere.

Uno de'motivi della legge è che colui il quale contrae un'obbligazione a termine, si presume come se non si fosse voluto sottomettere ad un'ipoteca: siffatta presunzione cessa quando vi è una stipulazione in contrario. Un altro motivo vi fu del pari, come giudiziosamente l'osservò il sig. Favard, *Trattato dell'ipoteche* pag. 12, cioè che il legislatore ha inteso impedire che si eludesse la specialità congiunta all'ipoteca convenzionale. Si sarebbe convenuto con iscrittura privata; ed in virtù d'una sentenza di recognizione, il creditore avrebbe ottenuta un'ipoteca generale sopra gl'immobili del debitore.

Si vede bene che questa legge non porta verun pregiudizio alle iscrizioni prese anteriormente alla sua promulgazione per crediti non ancora scaduti in virtù di recognizioni o di sentenze che avessero ritenuto per riconosciuto l'atto di obbligo.

Delle lettere di cambio, e degli effetti commerciali fatti con cambio a termine.

199. Avvi all'oggetto un'importante osservazione a fare: vi è una dichiarazione de' 2 gennaio 1717, le di cui disposizioni interessano il commercio. Siffatta dichiarazione prescriveva che non si potesse ottenere alcuna condanna prima della scadenza dei biglietti, lettere di cambio, e qualsiasi altra sorta di obbligo fatto tra mercanti, negozianti, banchieri, ed altri particolari che fanno commercio di derrate e mercanzie. Privava quindi

dell' ipoteca tutte queste diverse condanne. Disponeva altresì che niun' ipoteca avea potuto, o potea essere nell'avvenire validamente acquistata (con un atto di recognizione innanzi notaro, in cancelleria, o altrimenti in qualsiasi modo si fosse stato) degl' indicati biglietti, ed obblighi, avanti della scadenza del termine nel quale doveva farsi il pagamento. Con questa dichiarazione si ebbe in mira di prevenire il discredito de' commercianti. D'altronde, la facoltà di procedere prima della scadenza del termine, avrebbe prodotto un danno a coloro i quali non avessero potuto ricorrere se non in seguito contro del debitore.

Si è questionato se dalla legge di brumaio anno 7, e dal Codice civile resultasse una derogazione a siffatta legge. La Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, decise per l'affermativa con decreto de' 6 aprile 1809, riportato da Sirey nell'istesso anno, pag. 182, e da Denevers idem, pag. 118. Intanto la giurisprudenza che si potea desumere da questo decreto non presentava un carattere di certezza, secondo i motivi de'due primi de' 3 febbraio 1806, e 15 gennaio 1807, che ho citati nel numero precedente. Questi decreti sembran fare una differenza tra le promesse ordinarie e gli effetti commerciali: ma la legge de' 3 settembre 1807 toglie all'oggetto qualunque dubbio, giacchè essa produce l'effetto che producea la dichiarazione de' 2 gennaio 1717.

Nel confrontarsi questa dichiarazione colla legge de' 3 settembre 1807 vedesi nascere una difficoltà. Quest' ultima legge nega solo l'ipoteca alle sentenze pronunziate su di una domanda di recognizione prima della scadenza degli effetti, a contare dalla loro data; e non accorda quest'ipoteca se non in caso di mancanza di pagamento dopo la scadenza. Quest' istessa legge niente stabilisce in quanto alle recognizioni volontarie fatte avanti della scadenza; in modo che per i debiti ordinarj, se vi fossero delle recognizioni volontarie, queste produrrebbero ipoteca dal giorno della loro data se contenessero la specialità.

Ma poichè, per effetto della dichiarazione de' 2 gennaio 1717, non accordavasi ipoteca alle recognizioni, ancorchè volontarie, degli effetti commerciali fatte prima della scadenza, salvo a' creditori di far uso, dopo della scadenza, de' mezzi prescritti dalle ordinanze, onde avere un'ipoteca sopra gli immobili del debitore; così si potrebbe dire che questa dichiarazione debba conservare il suo effetto in tali casi di recognizioni volontarie di effetti commerciali, avanti della scadenza, quantunque per i debiti ordinarj queste recognizioni volontarie si possano fare prima della scadenza, in guisa che abbiano l'effetto d'imprimere l'ipoteca qualora contengano una specialità.

Parmi che questo ragionamento non sia abbastanza convincente. Per sostenerlo si potrebbero invocare i motivi d'interesse del commercio che diedero luogo a simile dichiarazione. Potrebbesi pure far osservare quella specie di dubbio che presentano i due decreti della Corte di cassazione in data de' 13 febbraio 1806 e 15 gennaio 1807, sulla question di sapere se la dichiarazione de' 2 gennaio 1717 intender debbasi o nò abolita dalla nuova legislazione. Ciò non ostante, io credo che debbasi ammettere quanto fu deciso col decreto del 6 aprile 1809. Ecco le ragioni che sostengono questa mia opinione.

In primo luogo, di che mai ivi si tratta? Non di altro che del modo di costituire un'ipoteca. Ora, in ordine ad ogni costituzione d'ipoteca, tutte le antiche leggi sono state dalla nuova legislazione abolite, ciocchè non ammette dubbio. La dichiarazione del 1717 viene dunque compresa in quest'abolizione, come dicesi nella decisione de' 6 aprile 1809. S'introdurrebbe una pericolosa confusione, se simultaneamente si seguissero le antiche e le nuove leggi, ancorchè le loro disposizioni sieno diverse e le prime non si possano conciliare colle ultime. Queste deggiono modificare le antiche. I principj ammessi dalla dichiarazione del 1717 non ritrovansi in alcuno de' nostri Codici. Non si può dire che si sieno conservati colla legge del 3 settembre 1807, giacchè questa legge non racchiude nè disposizione, nè eccezione in ordine alla recognizione volontaria degli effetti di commercio, prima della scadenza.

In secondo luogo, i motivi della dichiarazione del 1717 non più sussistono sotto la nuova legislazione. La circostanza che l'ipoteca era occulta, poteva inspirar il timore che creditori troppo correnti non fossero ingannati: ma un tal inconveniente svanisce al presente per la necessità di rendere pubblica l'ipoteca in forza dell'iscrizione. Finalmente l'oratore del governo, che presentò la legge de' 3 settembre 1807, parlò assai bene della dichiarazione del 1717, come quella che potè influire sopra questa legge: ma egli non la richiamò alla memoria se non rispetto alla recognizione giudiciale, su cui la legge concordava con la dichiarazione del 1717; e niente annuncia di aversi avuta l'idea di far sussistere la dichiarazione, relativamente alle recognizioni volontarie prima della scadenza.

Non resta dunque a' creditori, diversi da colui che ottiene una recognizione volontaria, tanto se sia di effetti commerciali, quanto se sia di promesse ordinarie, se non l'esperimento dei mezzi di frode secondo le circostanze indicate dal Codice di commercio. Non si possono creare altre nullità,

qualunque sieno i mezzi sopra i quali si volessero stabilire. La sola decadenza dal beneficio del termine contra il debitore, è quella che viene pronunziata dall'art. 1188 del Codice civile, ove vi si prescrive: « Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le cautele che aveva date col suo contratto al creditore ». Ed in quest' ultimo caso parimente bisogna che il creditore si faccia autorizzare dal giudice onde prendere iscrizione prima della scadenza, per evitare che il conservatore rifiuti di fare l' iscrizione dietro il borderò (1).

Risulta forse un'ipoteca giudiciaria d' un aggiudicazione fatta all' incanto dall' autorità di un tribunale o di un giudice da questo delegato?

200. Secondo le disposizioni del Codice civile e di quello di procedura civile, si rinvengono parecchi casi ne' quali, fatta astrazione da un pignoramento d' immobili, avvi un' aggiudicazione di questi beni avanti ad un tribunale o ad uno de' suoi membri nominato commissario per gli incanti, e fare l' aggiudicazione; qualche volta il tribunale ordina pure le offerte si ricevano nello studio d' un notaro a ciò delegato, e che l' aggiudicazione si faccia al maggiore offerente. Un altro esempio di quest'aggiudicazione trovasi nell' art. 747 del Codice di procedura civile, ove si tratta di rivolgere un sequestro d' immobili in un'aggiudicazione sottoposta a forme assai più semplici. In tal caso si è elevata la questione di sapere qual' era il genere d' ipoteca che poteva resultare dall' obbligazione contratta dall' aggiudicazione.

Se l'aggiudicazione ha luogo avanti ad un giudice delegato, o avanti ad un tribunale, è chiaro abbastanza che non ne resulta se non il solo privilegio che la legge accorda al prezzo d'una vendita. Non si può dire esservi un' ipoteca

(1) Si è sempre reclamata la condanna di effetti commerciali avanti a'tribunali senza giammai domandare preventivamente la recognizione. Ma in caso di negativa, la verificazione era rinviata a'tribunali ordinarj. Questa regola sussiste tuttavia, art. 427 del Codice di commercio. Anticamente poteasi reclamare il pagamento di effetti commerciali avanti a'tribunali di commercio senza che tali effetti fossero registrati. Ma ora, dopo la legge de'28 aprile 1817, art. 50 e 77, non avviene lo stesso. Il registro deve esser fatto anche prima che l'usciere citi la parte. Un usciere, perchè vi contravvenne, fu condannato all'ammenda. Non basta un registro posteriore alla citazione. Decreto della Corte di cassazione, de'7 novembre 1820, Denevers, anno 1821, pag. 204.

giudiciale, che sarebbe generale, sopra i beni dell'aggiudicatario. Una simile ipoteca non può essere che il solo effetto di una condanna giudiciale, ai termini dell'art. 2123 del Codice civile; ed è manifesto che, in un atto della natura d'un'aggiudicazione, non avvi condanna, la quale d'altronde non possa essere pronunziata da un giudice del tribunale che sarebbe a ciò delegato. Non vi sarebbe nè anche ipoteca giudiciale, quando nel quaderno di vendita si ponesse la clausola: *Che, oltre il privilegio accordato dalla legge al venditore, i beni dell'aggiudicatario saranno sottoposti ad un'ipoteca generale, come se fosse giudiciale, pel prezzo della vendita.* Questa clausola quantunque confermata, in qualità di condizione e di obbligazione, da una sentenza di aggiudicazione, non potrebbe essere il germe d'una ipoteca giudiciale. Questo sarebbe sempre vero, perchè in tutto ciò non vi sarebbe nè condanna nè oggetto di condanna; e bisognerebbe egualmente decidere così, sul motivo che il tribunale, o il giudice delegato fanno l'officio d'un notaro che riceve le obbligazioni. Ora un notaro non potrebbe imprimere un'ipoteca giudiciale, che può soltanto resultare o da una condanna, o da una recognizione di sottoscrizione apposta ad un atto d'obbligo. Un notaro inoltre non potrebbe imporre un'ipoteca generale. Quest'ipoteca non può essere l'effetto d'una convenzione, la quale produce soltanto ipoteca speciale quando vi è indicazione del fondo.

Ma se l'aggiudicazione fosse fatta avanti notaro a ciò destinato, nulla impedirebbe che sopra la domanda delle parti interessate si convenisse una ipoteca speciale sopra gl'immobili dell'aggiudicatario, diversi dal fondo aggiudicato, il quale resterebbe sempre soggetto al privilegio ch'è di diritto. Allora vi sarebbe egualmente un vantaggio in tale facoltà di stipulare l'ipoteca speciale, cioè che quest'ipoteca non potrebbe essere stipulata avanti al tribunale, o al giudice commissario L'ipoteca speciale è esclusivamente nelle attribuzioni de' notari. Art. 2127.

Il sig. Persil *Reg. ipot.*, art. 2123, n.° 11, in tal guisa decide la questione. Egli si appoggia ad una decisione conforme de'redattori del giornale del registro: ma non ne circoscrive l'applicazione a' casi da me enunciati; egli la fa semplicemente *a' giudizj di aggiudicazione per vendite volontarie.* Sembra di aver egli avuto in pensiero un antico uso, che erasi introdotto in molte parti del regno e soprattutto in Parigi, cioè di ottenere il permesso onde procedere, coll'autorità d'un tribunale, all'aggiudicazione d'un fondo, che si vuole vendere volontariamente; quale aggiudicazione faceasi, dopo di essere preceduti gli analoghi incanti ed affissi. Avvi una ragione a crederlo, giacchè egli suppone che l'ipoteca si sarebbe stipulata in favore del

venditore; ma queste aggiudicazioni non possono più oggi aver luogo, giusta l'art. 746 del Codice di procedura civile, ove si prescrive: « Gl'immobili appartenenti a persone maggiori di età, le quali abbiano la facoltà di disporre de' loro diritti, non potranno essere esposti giudicialmente all' incanto, sotto pena di nullità ». Del resto, la decisione avrebbe tuttavia luogo in quanto a queste aggiudicazioni, fatte prima del Codice di procedura, le quali contenessero clausole simili a quelle da noi poc' anzi esposte in forma di esempio, e su delle quali si dovrebbe decidere.

Vi è ipoteca giudiciaria ancorchè le condanne contenute nelle sentenze sieno indeterminate.

201. Nell' art. 2123 si prescrive che l' ipoteca giudiciale deriva da sentenze profferite sia in contradizione delle parti, sia in contumacia, definitive o provvisorie. Ma per riputare definitiva una sentenza, pel di cui effetto si debba prendere iscrizione, non è necessario che resulti dalla condanna d'una somma fissa e precisa. Qualunque sia l' oggetto dell' obbligazione, dicea il sig. Tarrible, *Rep. di giurisp.*, alla parola *Ipoteca*, sez. 2, §. 3, art. 5, num. 3, esso consiste nel dare o fare qualche cosa, oppure nel non farla: l'effetto è sempre lo stesso. Difatti, quando una sentenza ingiunge un'obbligazione, questa obbligazione consiste nel dare una somma determinata, ed allora l'oggetto dell' ipoteca concomitante non può essere equivoco; o consiste nel fare o in non fare qualche cosa: ed allora, siccome viene a risolversi secondo l'art. 1141 del Codice civile in danni ed interessi, in caso d' inadempimento per parte del debitore, costui troverassi alla fine obbligato a pagare una somma come colui che trovasi direttamente condannato a pagare una somma determinata, ed in conseguenza l' ipoteca avrà egualmente un oggetto positivo.

Questo non è ancor tutto: avvi egualmente un'ipoteca in virtù della quale l'iscrizione può prendersi anche se la sentenza racchiudesse una condanna non solo indeterminata, e che assicurasse una somma qualunque che può essere più o meno considerevole, ma altresì se la sentenza obbliga ad un fatto il di cui resultato, quale è incerto, potrebbe farla sparire. Perocchè, un decreto della Corte di cassazione, in data del 21 agosto 1810, giudica che poteasi validamente prendere un' iscrizione ipotecaria, in forza d' una sentenza che condannava un socio direttore a render conto: Denevers, anno 1810, pag. 515. Si vede bene che, in virtù d' un rendimento di conto, colui che fu condannato a renderlo,

non solamente può non resultar debitore, ma può trovarsi anche creditore di colui che domandò il conto. Ma questa condanna basta per autorizzare un atto conservatorio com'è l'iscrizione. L'oggetto essenziale da rimarcare si è che l'iscrizione deve racchiudere una valutazione del credito in una somma determinata, senza di che l'iscrizione sarebbe nulla, analogamente agli art. 2132 e 2148, §. 4. Nella specie della decisione, non a guari citata, l'iscrizione conteneva benanche una valutazione.

Ma il debitore può domandare la riduzione dell'ipoteca uniformemente ai termini dell'art. 2168, che accorda un tal diritto per tutti i crediti condizionali, eventuali, o indeterminati.

Quali sono gli atti che emanano da'giudici di pace, i quali possono essere considerati come sentenze portanti ipoteca.

202. La questione di sapere quali sono gli atti che emanano da' giudici di pace che si possono avere come sentenze produttive d'ipoteca, e quali sono quelli da cui deriva solo una convenzione, per la quale bisogna ottenere una sentenza dai tribunali ordinarj, richiede una spiegazione. Essa è importantissima, perchè si può facilmente incorrere in errore.

Bisogna distinguere due casi: 1.° quello in cui un giudice di pace, come giudice conciliatore, in conseguenza di citazione a comparire avanti di lui, onde esperimentare il mezzo di conciliazione, registra, in un processo verbale, dei fatti e delle confessioni da cui resultano delle obbligzioni.

2.° Il caso in cui un giudice di pace emana una sentenza come giudice di pace, come giudice propriamente detto, in forza dei poteri che la legge gli accorda, o quelli conferitigli dalle parti, per effetto di autorizzazione loro concessa dalla legge.

In ordine al primo caso è certo che le confessioni, convenzioni e recognizioni di obblighi che fan parte d'atto redatto innanzi un giudice di pace, che non forma una sentenza, ma bensì un processo verbale formato da un giudice di pace conciliatore, non possono per sè stesse essere il germe d'un'ipoteca. Per effetto d'un atto di simil natura, non si può effettivamente prendere un'iscrizione ipotecaria, nè procedersi ad alcun atto di esecuzione.

Non si rinviene in questo processo verbale che il germe d'un titolo di condanna; e onde poi siavi condanna che formi un titolo esecutorio,

convien adire il tribunale civile, perchè venga profferita la condanna delle somme reclamate in virtù del contenuto nel processo verbale.

L'art. 54 del Codice di procedura civile, non lascia alcun dubbio su tal riguardo, giacchè ivi si dice: « Le convenzioni delle parti, inserite nel processo verbale, *hanno forza di obbligazioni private* ». La determinazione di quest'effetto porta di necessità l'esclusione del diritto d'ipoteca.

Relativamente al secondo caso, cioè, quando il giudice di pace giudica d'una somma eccedente di molto l'ordinaria e legale competenza conferita a'giudici di pace, e ciò in ragion delle facoltà accordategli dalle parti, che presentansi avanti di lui conformemente all'art. 7 del Codice di procedura civile, al quale a un di presso era uniforme l'art. 10 della legge de' 26 ottobre 1790, in tal caso il giudizio ch'egli emana presenta tutti i caratteri che la legge dà a'giudizj ordinarj; e quindi produce ipoteca sopra i beni di colui che viene condannato.

Ma quale n'è mai la ragione? Essa si è, che allora il giudice di pace non agisce come giudice di pace conciliatore, ma come giudice di pace propriamente detto. Non vi puol essere veruna differenza fra una sentenza ch'egli pronunzia nella qualità di giudice, nel caso in cui la competenza gli viene direttamente conferita dalla legge, e quella ch'egli pronunzia come giudice propriamente detto, per somme che sono al di là dell'ordinaria competenza de' giudici di pace, quando vi è la dichiarazione o il consenso delle parti, comprovata da un regolare processo verbale, come dicesi nell'art. 7 del Codice di procedura.

In tal caso vi esiste una vera competenza, perchè è attribuita dalla legge in virtù della dichiarazione o della domanda delle parti; e quest'estensione di competenza si deferisce al giudice di pace, non come conciliatore, ma come giudice di pace, come un vero giudice cioè che deve statuire di cose determinate dalla legge, per essere di sua competenza in questa qualità.

Ecco quanto trovasi luminosamente sviluppato, e stabilito in una dissertazione del signor Merlin. *Rep. di giuris.*, alla parola *Ipoteca*, sez. 2, §. 12, art. 4.

A dire il vero, il decreto della Corte di cassazione de' 22 dicembre 1806 pronunziato sulle sue conclusioni, non vi si uniformò del tutto: ma non è men vero ch'esso ha pregiudicato la questione in questo senso, giacchè si vede che fu soltanto una circostanza particolare che diede luogo ad una differenza di decisione. Si può vedere egualmente quanto egli dicea in tempo in cui venne pronunziato un decreto de' 6 luglio 1807, riportato

da Denevers, anno 1807, pag. 481. Le controversie agitate in questi due decreti erano figlie della legge degli 11 brumaio; ma i principj sono i medesimi anche sotto l'impero del Codice civile.

In amendue questi decreti si trattava di recognizioni di scritture, e sottoscrizioni private, fatte avanti a un giudice di pace, per cose di un valore eccedente di molto la sua competenza. Quindi le recognizioni fatte avanti al giudice di pace, quando è investito di poteri, conformemente all'art. 7 del Codice di procedura, producono ipoteca come tutte le condanne di somme da lui profferite essendo rivestito dei medesimi poteri. Allora le parti procedono giudicialmente, come dicesi nell'art. 2123 del Codice civile.

È essenziale ivi rimarcare che, nel caso in questione, il giudice di pace, costituito giudice in virtù dell'art. 7, anche per le cose che eccedono, nel valore, la sua competenza come giudice di pace, può giudicare delle differenze nate fra persone che non sono nel suo circondario. Il desiderio di vedere estinte le liti determinò il legislatore ad accordare questa estensione di competenza. Non può dubitarsene, dietro la disposizione dell'art. 7, disponendo che: « Quantunque, avuto riguardo al domicilio del reo ed alla situazione della cosa litigiosa, egli non sia il giudice competente delle parti ». Una decisione della Corte reale di Colmar, de' 25 aprile 1817, ha applicata la disposizione del suddetto art. 7 al caso in cui niuna delle parti fosse nella competenza del giudice di pace, giudicando egualmente, come credo ragionevole esserlo stato, che la sentenza non potea essere impugnata, sol perchè le parti, eligendo il giudice, si erano presentate col mezzo di procuratori con mandati sotto firma privata, ma registrati. Ecco i motivi della decisione. « Che questa circostanza non può per nulla attenuare la sentenza, giacchè le firme apposte in piè delle procure non furono mai contestate, e niuna disposizione di legge avvi che obblighi a presentarsi, in simili casi avanti ad un giudice di pace, con una procura autentica; che al contrario questa specie di giudizio avendo per particolare oggetto il mezzo di evitare le spese, sarebbe stato lo stesso che conculcare la vera idea del legislatore, esigendo una procura per man di notaro, mentre tutto dì le persone si presentano avanti a'giudici di pace, come conciliatori, con procure sotto firme private. » Denevers, anno 1818, pag. 25, al suppl.

Ma nel secondo caso, del quale parlai, convien forse che si usino per queste sentenze le stesse forme stabilite per le decisioni degli arbitri, vale a dire, il deposito della minuta della sentenza nella cancelleria del tribunal civile, l'ordinanza di *exequatur* del presidente di questo tri-

bunale, e quindi la spedizione della sentenza rilasciata dal cancelliere del medesimo tribunale, come viene prescritto dagli art. 1020 e 1021 del Codice di procedura.

Bisogna pensare il contrario, e ciò per due ragioni: 1.ª perchè queste forme non sono stabilite da alcuna legge nell'indicato caso, e se il legislatore l'avesse voluto, non si sarebbe contentato di esigerle particolarmente per le sole sentenze degli arbitri.

2.ª Perchè il giudice di pace, nel caso presente, fa le veci di giudice, e non di arbitro. Egli non si priva del suo carattere di giudice; egli profferisce una vera sentenza; ed essendo una conseguenza di questa sentenza l'imprimere da sè l'ipoteca, ne viene che simili forme non sono punto necessarie. La necessità di osservarle implicherebbe contraddizione coll'esistenza dell'ipoteca che ha luogo di diritto.

Nella specie perciò della quale parlava il sig. Merlin, l'iscrizione ipotecaria erasi presa in virtù d'una semplice sentenza del giudice di pace: e non pensossi a rilevare la pretesa necessità delle forme volute per le sentenze degli arbitri, lo stabilimento delle quali era molto anteriore al Codice di procedura.

Ecco le vere ragioni onde decidersi, senza il bisogno di ricorrere all'art. 44 della legge sopra il *bugdet*, de' 28 aprile 1816. Questo articolo non può influire nella questione, non avendo per oggetto che una differenza di percezione di diritti, in ordine alle sentenze arbitrali, e non essendosi spiegato, e non avendosi dovuto spiegare in verun modo sopra le forme.

Ma restano a farsi due osservazioni.

La prima si è, che l'applicazione di quanto io dico non si fa che quando il giudice di pace pronuncia, non solo in virtù delle autorizzazioni enunciate nell'art. 7 del Codice di procedura civile, ma benanche su cose che per loro natura sono della competenza del giudice di pace, cioè a dire su d'un'azione mobiliare, personale, ec. La sentenza sarebbe viziosa se influisse sopra un'azione petitoria, sopra un caso criminale, ed in somma, su tutto ciò che eccederebbe i limiti della competenza del giudice di pace; *ratione materiae*. L'estensione della competenza resta sempre ristretta nelle cose della competenza istessa. Ciò fu bene spiegato dal sig. Merlin nella dissertazione di sopra citata.

La seconda osservazione è che quanto si fa, secondo l'art. 7, conserva sempre il carattere di sentenza, propriamente detta, che viene pronunziata da un giudice.

Perlocchè non vi sarà compromesso se non alla presenza del giudice di pace. Conviene quindi portarsi all'udienza, domandargli una sentenza, e procurare che questa domanda venga comprovata da un processo verbale.

Vi dovrà essere una sentenza o profferita all'istante, o dietro deliberazione, o in seguito delle operazioni preparatorie che potrebbero essere necessarie, e la sentenza deve pronunziarsi in pubblica udienza, citate le parti a quest'effetto.

La sentenza e gli atti che l'hanno preparata, bisogna che sieno trascritti nel giornale di udienza, e la spedizione deve farsi dal cancelliere, sulla minuta esistente in detto giornale, e non sopra una carta volante.

Senza di ciò la decisione del giudice potrebbe perdere il carattere di una vera sentenza; potrebbe vedersi in essa una sentenza di arbitri ordinarj, e si penserebbe del pari essersi praticate delle manovre onde privare il cancelliere del tribunale civile dell'emolumento dovutogli, e privare il governo de'diritti di percezione come quelli che si percepiscono sulle spedizioni rilasciate da' cancellieri de' tribunali civili.

Dell' ipoteca che nasce dalle sentenze arbitrali.

203. Il principio in ordine all'ipoteca nata da sentenze di arbitri, è consacrato nell'art. 2123 del Codice civile. « Le sentenze degli arbitri non producono ipoteca, se non quando sono munite di una *ordinanza del giudice che ne prescrive l' esecuzione* ». Tal disposizione si uniforma agli antichi principj. Riportando testualmente quanto dice all'oggetto il sig. Despeisses, part. 3, sez. 3, n. 12, farà meglio conoscere tali principj con i motivi applicabili alla presente legislazione. Egli spiegasi con principj della legge romana, e con una costante giurisprudenza de' tribunali del regno. « Ma la sentenza degli arbitri, egli dice, non ha l' esecuzione parata che quando si rende esecutoria dall' autorità del giudice ordinario, giacchè gli arbitri non avendo potere di giudicare per autorità del principe, ma per la sola volontà delle parti contendenti che gli hanno eletti, *la loro sentenza è un atto privato fintantochè non sia stata resa esecutoria*: ed anche che vi fosse consenso delle parti dietro la pronunziazione della sentenza degli arbitri, pure non potrebbe eseguirsi che per autorità del giudice, per la medesima ragione che sarebbe sempre un atto privato. Che, ove siavi interposto un appello, essa si può eseguire provvisoriamente, mediante l'autorizzazione del giudice di appello, senza pregiudizio dell' appello istesso. »

L'ipoteca quindi decorrerà dal dì dell'ordinanza di esecuzione pronunziata o dal presidente del tribunale di prima istanza, o dal presidente della Corte reale, giusta i casi enunciati nell'art. 1020 del Codice di procedura. L'iscrizione può dunque prendersi in virtù dell'ordinanza di esecuzione; ed in caso di appello contro la sentenza arbitrale ciocchè accaderebbe quando non si fosse rinunziato alla facoltà di appellare secondo l'art. 1010; l'appello non sospenderebbe il diritto di prendere iscrizione, salvo al debitore quello di farla radiare o ridurre, secondo la circostanza, come dissi anche per le condanne pronunziate da'tribunali.

Serres, *Istit. al diritto francese*, lib. 3, tit. 14, avea sostenuto che l'ipoteca, relativamente alle sentenze arbitrali, si acquista dal dì dell'omologazione, (ossia dell'ordinanza di esecuzione) fatta dal giudice, *o pure dal giorno dell'atto di deposito fatto presso di un notaro.* Del resto questo scrittore, quantunque istruitissimo, era incorso in errore. Da una parte, sarebbe lo stesso che confondere le idee sopra le ipoteche convenzionali e su quelle giudiciali; dall'altra, come mai poteva resultare l'ipoteca dal semplice fatto materiale del deposito d'un atto presso notaro, senza il consenso delle parti, che costituisce il principio dell'obbligazione, e quindi dell'ipoteca? Si è già altrove veduto, presso Despeisses, che l'approvazione delle parti era inutile per la ipoteca delle sentenze degli arbitri. L'ipoteca quindi fu sempre congiunta all'ordinanza di esecuzione. Quindi Soutlages, *dell' ipot.* pag. 69, e Rodier, sull'art. 8 dell'Ordinanza del 1667, i quali, come Serres, hanno scritto giusta i principj e la giurisprudenza del parlamento di Tolosa, insegnano che l'ipoteca nasceva dall'ordinanza di esecuzione, e disapprovano quanto Serres dicea in ordine all'effetto del deposito della sentenza degli arbitri. Intanto, vedesi del pari, quantunque non senza sorpresa, elevarsi questa difficoltà sotto l'impero della legge degli 11 brumaio anno 7. Ma un decreto della Corte di cassazione, de'25 pratile anno 11, la proscrisse. Questo decreto giudicò di non potersi iscrivere se non in virtù dell'omologazione giudiciaria di una sentenza arbitrale profferita da arbitri commerciali, secondo l'art. 13, tit. 4 dell'Ordinanza del 1673, e non già in forza dell'atto di deposito che erasi fatto nella cancelleria della giurisdizione consolare. Denevers, anno 11, pag. 303.

Credo dovermi dispensare dal discendere ad altre particolarità in quanto alle forme che debbono precedere ed accompagnare le sentenze degli arbitri, e per quelle relative al modo di eseguirle; questo trovasi regolato dal Codice di procedura lib. 3, tit. unico. Io mi limito a tutto ciò che concerne l'ipoteca.

Nondimeno dirò qualche cosa sopra l'art. 1022 che è stato causa di qualche difficoltà: ivi si dispone: « Le sentenze degli arbitri in nessun caso potranno essere opposte contra i terzi ». Non deesi prendere quest'articolo nel senso che la sentenza degli arbitri non possa produrre l'ipoteca a danno de' terzi, poichè sarebbe lo stesso che distruggere quasi interamente l'effetto della sentenza degli arbitri riducendola ad una semplice condanna personale contra il debitore, nell'atto che le medesimo sentenze degli arbitri producono l'istesso effetto sotto tutti i rapporti, o almeno in ordine a quello dell'ipoteca delle sentenze profferite da' tribunali. Il legislatore intese soltanto di dire che i terzi avevano lo stesso diritto d'impugnare le sentenze degli arbitri di quello accordato dalla legge a qualunque interessato che non fece parte nella sentenza pronunziata da un tribunale, la quale potea pregiudicare a' suoi diritti analogamente alla comunicata massima, *res inter alios acta alteri non prodest*, *neque nocet*. Il sig. Persil, *Reg. Ipot.*, art. 2123, n.° 15, ne ha fatta l'osservazione e credè doverla render chiara con un esempio, al quale mi basta di rinviare.

L'iscrizione ch'è presa in virtù dell'ipoteca generale, gravita su tutti i beni che pervengono in seguito al debitore, quantunque egli cessi di possederli.

204. L'ipoteca giudiciale è generale, cioè dire, colpisce tutti i beni presenti e futuri del debitore, secondo l'art. 2123; ed è per questo principio ancora, come si vede nel num. 193, pag. 437 di quest'opera, che tutti i beni presenti e futuri possono essere colpiti da una sola iscrizione, presa ad un tempo su tutti i beni, senza bisogno d'iscrizioni successive a misura che perverranno in potere del debitore. Ciò ritenuto, bisogna applicare all'ipoteca giudiciale, come ad ogni ipoteca generale, i principj esposti nel n.° 52, pag. 145. Perlocchè ogni immobile la cui proprietà si acquista dal debitore, dietro l'iscrizione presa in forza d'un'ipoteca giudiciale, resta sottoposto a quest'ipoteca e lo seguita in qualunque modo esca dalle di lui mani: convien però che il debitore sia stato in possesso del fondo, anche per brevissimo tempo, e che lo abbia posseduto a titolo di proprietà.

Del caso di matrimonio del debitore

205. L'ipoteca colpisce tutti i beni presenti e futuri, qualunque ne sia il carattere d'inalienabilità che possano accidentalmente prendere, per un nuovo stato del debitore. L'ipoteca quindi segue non solo i fondi di proprietà del debitore, quando contrae matrimonio, ma bensì quelli che potrebbe acquistare durante il matrimonio, quantunque passassero in potere della moglie, per effetto d'una divisione di comunione, da essa accettata. Essendo il marito capo e padrone della comunione, avrebbe potuto rivendere questi immobili di sua proprietà, avendone la libera disposizione. È anche per tal ragione, come lo vedremo più in là, che la moglie stessa può, in virtù della sua ipoteca legale, dirigersi sopra i fondi acquistati dal marito durante il matrimonio, ancorchè contratto colla regola della comunione; non altrimenti dell'ipoteca giudiciale che, per la sua generalità, gravita su tutti i beni dotali della moglie, non solo quando la sentenza viene profferita contro di essa prima di maritarsi, ma benanche se viene profferita durante il matrimonio, malgrado ch'ella non possa nè ipotecare, nè vendere questi beni con atti volontarj, almeno, senza le formalità che la legge prescrive in tal caso. Quando ella subisce una condanna giudiciale, è la sentenza che colpisce d'ipoteca i suoi beni, giacchè, come debitrice, ella forma parte della classe degli altri debitori.

Quando un debitore sottoposto ad una ipoteca generale, cambia un fondo gravato di quest'ipoteca, questo fondo, e quello permutato restano forse essi simultaneamente gravati da quest'ipoteca generale?

206. Ma gl'immobili posseduti da un debitore non possono più appartenergli per atti diversi da quelli a titolo oneroso, o a titolo gratuito. Può nascere ch'egli gli permuti, ed altri ne riceva in contraccambio: in tal caso elevasi una grave questione, la quale consiste nel sapere se gl'immobili dati in cambio, e quelli ricevuti in contraccambio restano egualmente affetti dall'ipoteca giudiciale, o da ogni altra ipoteca generale, ed in qual modo debbasi esperimentare l'azione ipotecaria sopra i fondi permutati.

Tal questione fu da taluni preveduta, ma non lo fu in quanto alle

distinzioni da farsi onde ben intenderla. O il creditore comincia dall'esercitare la sua ipoteca sopra il fondo dal debitore dato in cambio, o l'esercita sul fondo da questo ricevuto in contraccambio. Nella prima ipotesi, se il terzo possessore, a titolo di permuta, non prese tutte le misure atte a purgare le ipoteche che colpiscono il fondo, o colla trascrizione in ordine a' creditori ordinarj, o, se vi è timore d'ipoteche legali, colle forme stabilite dalla legge per giungere a purgare questa specie d'ipoteche, si vede bene che allora questo terzo possessore sarà sottoposto alla gravezza dell'ipoteca, con tutte le sue conseguenze. Ma è del pari indubitabile esservi un regresso da esercitare contra colui col quale si fece la permuta; quale regresso può menare alla risoluzione della permuta, ed alla rivendicazione dell' immobile permutato. Questo regresso sarebbe fondato sopra tutti i principj in ordine alla garanzia del contratto di permuta. La proprietà cessa di essere acquistata dall'uno dei permutanti, se la proprietà contraccambiata non resta all'altro de' contraenti. Nell'art. 1705 del Codice civile, ch'è la espressione degli antichi principj, è detto: « Il permutante, che ha sofferto l'evizione della cosa ricevuta in cambio, può, a suo arbitrio, domandare o il risarcimento de' danni e degl' interessi, o la restituzione della sua cosa ».

Nel secondo caso, cioè quando il creditore ipotecario comincia l'esercizio della sua ipoteca sopra il fondo ricevuto in contraccambio dal suo debitore, allora colui da cui questo fondo proviene, può rivendicarlo col mezzo della separazione, rilasciando in contraccambio il fondo che eragli stato permutato, il quale resterà solo colpito dall'ipoteca. Quel che dissi suppone che l' uno e l' altro fondo non possono simultaneamente essere colpiti dall' ipoteca; ciocchè rigorosamente parlando sembra essere vero. Almeno, voglio dire che il creditore può coll' azione ipotecaria perseguitare i due fondi, giacchè, secondo il partito che prenderà il terzo permutante, l' ipoteca si potrà esperimentare sull'uno o sull'altro: ma penso che l'azione ipotecaria non possa esaurirsi simultaneamente sopra i due fondi. Al contrario, il creditore avrebbe una duplice ipoteca di quella su della quale egli contava; e ciò a spese del terzo che permutò il suo fondo, quando non gli riuscisse di conservare nè quello ricevuto in cambio, nè quello che egli avrebbe dato. *Nemo jactura alterius locupletari potest.*

Ma fingiamo che il terzo permutante abbia trascurato di domandare una separazione, che avesse fatta correre la vendita e l' aggiudicazione del fondo permutato, e che il prezzo dell' aggiudicazione non fosse sufficiente

onde soddisfare alla totalità de'crediti, dietro uno stato di graduatoria. Domando: potrebbe il creditore in tal caso esercitare la sua ipoteca sopra il fondo che trovasi presso il terzo permutante, e che lo ricevè in permuta dal debitore? Ecco l'importante questione che io viddi elevarsi. Soutlages, *delle ipot.*, pag. 101, diceva all'oggetto, che l'ipoteca generale includerebbe il fondo permutato, ma vi apporta una significante modificazione. » Ciò, devesi intendere in questo modo, cioè, non che il creditore fosse in diritto di pignorare e vendere giudiciariamente *i due fondi permutati*, ma soltanto *il fondo ricevuto in contraccambio*, giusta la massima, *subrogatum sapit naturam subrogati*; in guisa che il fondo dato in permuta resterebbe libero nelle mani di colui che a questo prezzo lo possiede ».

Sarei di questa opinione, perchè uniforme ai principj del diritto e dell'equità. Intanto vedesi nel Giornale dell'udienze, tom. 2, pag. 52, un decreto del parlamento di Parigi, de' 14 luglio 1661, che quantunque profferito in una specie non del tutto simile a quella in questione, pure ha giudicato colle idee dietro le quali io mi sono poco fa spiegato. Nondimeno, parmi di potervisi arrecare questo temperamento, che se il fondo ricevuto dal terzo permutante fosse di un valore superiore a quello del fondo da lui dato in contraccambio al debitore, ed avesse costui pagato quest'ammontare, il creditore potrebbe allora sperimentare la sua ipoteca sopra il fondo ch'è presso il terzo permutante, sino alla concorrenza della plus-valenza, comparativamente al valore del fondo dato in contraccambio, ed aggiudicato. Se ne comprenderà la ragione assai facilmente: questa plus-valenza, per la quale vi sarebbe stata una vendita col mezzo della stipulazione pel dippiù del pagamento, veniva ad essere sottoposta all'ipoteca. Essa lo fu di fatti, e non si può, rispetto a questa plus-valenza, per la quale non avvi surrogazione, far valere la massima, *subrogatum sapit naturam subrogati*.

Io non veggo come questo mio ragionamento possa essere vinto da ragionamenti più solidi. È vero che presso Denisart, alla parola *Cambio* n.° 7, dice che il fondo permutato viene affetto dall'ipoteca, e che il creditore è benanche in diritto *di dirigere la sua azione ipotecaria* contra colui che possiede il fondo del quale il debitore era il proprietario prima della permuta. Leggesi egualmente in Domat, una nota al n.° 12, della sez. 1, tit. 2, lib. 3, che in caso d'ipoteca su tutti i beni presenti e futuri, *l'ipoteca si estende a tutti i due fondi* (cambiati): ma si vede bene che ciò aveva bisogno d'una spiegazione, ed io ho procurato di dar quella più conveniente all'oggetto.

Nondimeno debbo dire che la Corte di cassazione, *sezione de' ricorsi*, con decreto in data de' 9 novembre 1815, giudicò con idee opposte. Decise che se un debitore, i beni del quale sì presenti che futuri, sono ipotecati, ha fatto una permuta, il fondo ch' egli diede, e quello che ricevè in cambio, restano gravati dall'ipoteca, e il creditore può farli successivamente discutere.

Vero è però che nella specie di questo decreto, ancorchè si fosse trattato d'un'ipoteca legale esercitata da una donna maritata, pure dal suo canto eravi stata un'iscrizione ipotecaria presa antecedentemente alla permuta, e che nella dispositiva del decreto vien detto: « Attesochè il permutante, come ogni altro acquirente, non può essere al coperto *delle iscrizioni ipotecarie, prese sul fondo acquistato, se non purgando i fondi istessi dalle iscrizioni ipotecarie, giusta le forme stabilite dalla legge, ciocchè nella specie non si è praticato,* » Denevers, anno 1815, pag. 592. È difficile di scorgere una ragione onde decidere diversamente tra il caso in cui non ve ne fosse una, trattandosi d'ipoteca legale. Ma malgrado tutto ciò, il potente pregiudizio del decreto non ha meno di sussistenza.

Del resto la conoscenza delle difficoltà che insorgono in tal caso, avvertirà gli acquirenti, anche a titolo di permuta, quanto importi loro di porre in opra tutti mezzi che la legge presenta onde purgare tutte le ipoteche e legali e ordinarie, affinchè sieno al coperto di qualunque azione. Il decreto della Corte di cassazione da me citato sembra darne loro il consiglio, ed io più volte osservai che la legge invigila per gl'interessi di tutti, e sol perchè si trasandano le precauzioni da essa suggerite, ne avviene che parecchi trovansi esposti a liti per lo più rovinose.

Ma quanto dissi è estraneo al caso della permuta d'un fondo sottoposto ad un'ipoteca speciale. Allora l'ipoteca resta unicamente sopra il fondo su cui venne costituita. La specialità si oppone all'estensione dell'ipoteca su qualunque altro fondo, come anche all'idea della surroga d'un fondo dato in cambio d'un altro. Ciò resulta da'luoghi da me poco fa citati di Soutlages e di Domat. Parlano essi d'un ipoteca speciale, come aveva luogo in forza delle leggi romane, e si vede che deve dirsi lo stesso, e con più ragione nella nostra legislazione, per un'ipoteca convenzionale con ispecialità.

PARAGRAFO II.

DELL'IPOTECA CHE PUO' RESULTARE DA SENTENZE DI TRIBUNALI STRANIERI, E DA SENTENZE DI ARBITRI PROFFERITE IN PAESI STRANIERI.

SOMMARIO

207. *Principj sull' effetto delle sentenze pronunziate in paesi stranieri.*

208. *La facoltà di domandare a' tribunali di Francia la revisione di sentenza resa in paese straniero, è reciproca al forestiero ed al Francese?*

209 *I principj sono anche gl' istessi per i tribunali di commercio.*

210. *È indifferente che l'una o l'altra delle due parti sia stata attrice, rea convenuta, o interveniente in causa.*

211. *Conseguenze di ciò che si è detto. Delle procedure formate in paese straniero.*

212. *Eccezione per le sentenze rese da' consoli francesi in paese straniero.*

213. *Delle sentenze rese da arbitri in paese straniero.*

214. *Del modo di esecuzione in Francia delle sentenze emanate in paese straniero.*

215. *Qualche esempio di reciprocità stabilita a tale oggetto.*

216. *Un semplice uso, od una legge soltanto locale, non bastano per dare alle sentenze straniere l' autorità della cosa giudicata.*

217. *Questioni relative alla riunione in Francia di molti paesi stranieri.*

218. *Delle sentenze profferite a favore de' Francesi, contra gli abitanti di paesi stranieri che erano stati riuniti alla Francia.*

219. *Per le sentenze ottenute contro i Francesi dagli abitanti d'un paese straniero, riuniti in seguito alla Francia.*

220. *La separazione politica dei paesi riuniti alla Francia non deroga punto alle ipoteche acquistate durante la riunione.*

221. *Questione dipendente da quanto si è detto.*

222. *Riflessioni morali e politiche intorno alla legislazione relativa*

all' esecuzione in Francia delle sentenze rese in paese straniero fra un abitante di questo paese ed un Francese.

223. *Della riduzione dell' ipoteca giudiciale.*

Principj sull' effetto delle sentenze pronunziate in paesi stranieri.

207. Vengo ora a quel che concerne le sentenze profferite in paesi stranieri. Perchè si abbiano idee esatte all'oggetto, è bene di ravvicinare l'art. 121 dell'Ordinanza del 1629 coll'art. 2123 del Codice civile.

Art. 121: « Malgrado le sentenze (pronunziate in paesi stranieri), i nostri sudditi, contro i quali saranno state pronunziate, potranno far discutere nuovamente la loro causa *ex integro* avanti a' nostri magistrati ».

Art. 2123. « Non può parimente derivar l'ipoteca dalle sentenze pronunziate in paese straniero, se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un tribunale francese; senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possono essere nelle leggi politiche o ne' trattati ».

Ecco due questioni che sonosi elevate sull'intelligenza dell'art. 2123. La prima è di sapere se da queste parole, « se non quando sia sta ordinata la esecuzione da un tribunale francese, » astrazion fatta dalle leggi politiche e da' trattati che potrebbero non esistere, dovesse dedursi che quanto fu giudicato in paese straniero dovesse essere di bel nuovo giudicato da un tribunale francese; in una parola, se si dovesse ricominciare in Francia l'istruzione della causa come se non fosse stata mai decisa. Nell'affermativa, sorgeva l'altra questione, se la sentenza profferita in paese straniero fra un forestiere ed un Francese fosse di amendue costoro, o del solo Francese la facoltà di dimandarne in Francia la revisione, ed una nuova decisione.

Per la prima questione era ben difficile che sorgesse un dubbio di qualche importanza, e se insorgesse, scomparso sarebbe al nascere della giurisprudenza formata sulle disposizioni del Codice civile. Sicuramente seguendo l'espressioni dell' art. 121, dell' Ordinanza del 1629, questa legge accordava al Francese condannato in paese straniero la facoltà di fare per la seconda volta discutere la sua causa avanti ad un tribunale di Francia. Veniva questo diritto benanche stabilito a favore dei regnicoli, assai prima di questa Ordinanza, mentre antichi decreti riportati da Mornac, da Trancou, e da Choppin relativi allo Statuto di Angiò, lib. 3, cap. 3, tit. 3, n.° 11 e 12, avevano in tal modo giudicato. L'istesso diritto venne confermato con decreto del secolo decimottavo.

Per la verità, l'art. 2123 del Codice civile è concepito in modo differente da quello con cui venne redatto l'art. 121 dell'Ordinanza; e non vedesi tanto chiara l'idea della facoltà di rivedere per la seconda volta in Francia la sentenza profferita in paese straniero: ma non si può dubitare di non essere stato redatto coll'istesso spirito. D'altronde, se tale non è il senso delle parole, *se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione da un tribunale francese*, racchiuse nell'art. 2123, quale altro sarà mai? Si pretenderebbe forse che il legislatore abbia soltanto voluto che si ottenesse, con citazione, una sentenza da un tribunal francese competente, con che si ordinasse, in una maniera assoluta, che la sentenza profferita in paese straniero si eseguisse, senza potere rimettere in giudizio ciò che sarà stato giudicato, senza che il Francese potesse *di nuovo discutere i suoi diritti* come interi? Si dirà forse che l'unico scopo del legislatore, nell'art. 2123, sia stato quello di rendere produttiva d'ipoteca la sentenza emanata in paese straniero, fatta astrazione dell'idea del diritto di farla riesaminare da un tribunale francese? Ma non vi sarebbe alcuna differenza fra questa disposizione e quella dell'istesso art. 2123, mediante la quale dicesi che *le sentenze degli arbitri non producono ipoteca*, *se non quando sieno munite da un'* ORDINANZA GIUDICIALE D'ESECUZIONE. La sola differenza che vi sarebbe è che, nel caso della sentenza degli arbitri, basta un'ordinanza del presidente del tribunale; mentre nel caso della sentenza resa in paese straniero, sembra esservi bisogno d'una sentenza di un tribunale francese competente. Ma la sentenza dichiarativa di esecuzione, essendo indispensabile, senza revisione, e senza discussione sulla cosa giudicata, degenererebbe in una semplice ordinanza d'*exequatur*. E non potrebbe neanche concepirsi lo scopo avutosi nel formarsi una differenza, giacchè questa non porterebbe se non sulla forma. Considerate, sotto questo punto di vista, le parole dell'art. 2123, *se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un tribunale francese*, esse vengono ad essere relative ad una semplice dichiarazione di esecuzione parata, il di cui oggetto sarebbe quello di accordare una specie di *pareatis*. Ma non può accordarsi questo significato alle parole dell'art. 2123, mentre il modo di eseguire le sentenze rese in paese straniero, ben lungi dall'imporre un'ipoteca, e far di nuovo discutere quanto fu giudicato nell'estero, è divenuto l'oggetto dell'art. 546 del Codice di procedura civile, di cui parlerò in seguito, talchè i principj consecrati negli art. 2123 e 2128 del Codice civile sono estranei all'idea d'una semplice esecuzione passiva, assoluta e indefinita. Non se ne può far resultare quello che anticamente chiamavasi un

visa, o *pareatis*, necessario anche per le sentenze de' tribunali francesi che doveansi eseguire nella giurisdizione di altri tribunali francesi. Era una vana formalità che venne soppressa dall'art. 547 del Codice di procedura civile.

Del resto, il principio che tende a stabilire la facoltà di domandare in Francia la revisione della sentenza emessa nell'estero, ciocchè significa annullamento di quella sentenza, è stato confermato da un decreto della Corte di cassazione del 18 piovoso anno 12, pronunziato sulle uniformi conclusioni del sig. Merlin. Queste conclusioni e il decreto si leggono in tutta la loro estensione nelle sue *Questioni di diritto*, alla parola *Sentenza*, §. 14. L'istessa dottrina venne confermata da molti altri decreti che io andrò indicando nel trattare la seconda questione da me già indicata.

La facoltà di domandare a' tribunali di Francia la revisione di sentenza resa in paese straniero, è reciproca al forestiero ed al Francese?

208. Questa seconda questione consiste nel sapere, se pronunziata essendo la sentenza in paese straniero fra un Francese ed un forestiero, appartenga all'uno e all'altro, o pure al solo Francese la facoltà di domandarne in Francia la revisione. Questa restrizione era scritta con tanta precisione nell'art. 121 dell'Ordinanza del 1629; e da molto tempo, in virtù di decisioni, e de' principj professati dai grandi magistrati, e soprattutto dall'esimio cancelliere d'Aguesseau in parecchie circostanze, erasi in modo persuaso che il diritto di far giudicare di bel nuovo quanto erasi già fatto, non apparteneva se non a' Francesi, come un privilegio annesso a siffatto titolo, che si credè di rinvenire lo stesso spirito nell'articolo 2123 del Codice civile, quantunque difficile ed anche impossibile di rinvenirvelo. In conseguenza, si vedeva formarsi una giurisprudenza, che si è pur lungamente sostenuta, del tutto uniforme a quanto usavasi prima del Codice civile, secondo i principj dell'Ordinanza del 1629; cioè che il diritto di domandare la revisione della sentenza si limitava a' Francesi condannati in paese straniero.

Forse che questa giurisprudenza veniva convalidata dall'idea presentata da molti anni alla Corte di cassazione, e che vi fu ammessa, di essersi cioè tenuta quest'ordinanza come legge generale in Francia; idea ch'era al meno suscettibile di molte difficoltà, e di grandi limitazioni per i luo-

ghi ne' quali poteva essere praticata, come lo feci conoscere nel numero 14. Ho estratte le disposizioni delle decisioni emesse secondo i principj dell'Ordinanza del 1629. In grazia della brevità, ne presenterò solo i resultati, senza riportarne le specie, che potranno consultarsi nelle raccolte, ove le decisioni son riferite. Mi limiterò quindi nel dire che fra le altre decisioni che hanno adottato siffatto modo di applicare l'art. 2123 del Codice civile, indipendentemente dal decreto della Corte di cassazione de' 18 piovoso anno 12, di cui parlai, avvene un altro dell'istessa Corte, dei 7 gennaio 1806, col quale si rigetta un ricorso prodotto contro una decisione della Corte reale di Besanzone de' 18 messidoro anno 12. Il decreto de' 7 gennaio 1806 è riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 113, ed in Sirey, anche lo stesso anno, pag. 129: come pure nel Repertorio di giurisp. del sig. Merlin alla parola *Sentenza*, §. 8, colle conclusioni da lui date in qualità di procuratore generale. Bisogna dire che con questo decreto non fu fatto diritto alla domanda di revisione della sentenza emessa in paese straniero; ma vi si vede, come nella decisione della Corte di Besanzone, che questo fu solo perchè le disposizioni dell'art. 121 dell'Ordinanza del 1629, non si applicano che alle sentenze emesse in paese straniero *fra un forestiero ed un Francese*; e che, nella specie della decisione, una sentenza di Neuchatel, a motivo di particolari circostanze, doveva aversi come se fosse stata pronunciata *fra due forestieri*. In virtù dell'eccezione, adunque, s'intendeva confermare la regola desunta dall'art. 121 dell'Ordinanza del 1629 in quanto alla differenza fra il Francese cui davasi la facoltà di far rivedere la sentenza, e lo straniero al quale veniva negata. Può riscontrarsi una decisione della Corte reale di Poitiers, e un'altra della Corte di appello di Bruxelles, l'una degli 8 pratile anno 13, l'altra de' 3 nevoso anno 14. Veggansi, Sirey, anno 1806, pag. 41, e Denevers, pag. 71 e seg. Finalmente io rinvio ad un altro decreto della Corte di cassazione de' 27 agosto 1812, riferito da Denevers lo stesso anno pag. 590. Quello che vi è di rimarchevole onde indagare il pensiero de' magistrati, è questo motivo: « *che per la verità gli articoli citati* (2123 e 2128 del Codice civile) *non autorizzano formalmente il Francese, che ha perduto avanti al tribunale straniero, di tentare un nuovo esame in Francia; ma che tal facoltà è consecrata nell'art.* 121 *dell'Ordinanza del* 1629 *contenente una legge politica non abrogata dai nuovi Codici, ec.* ».

Ma questa giurisprudenza eccitò qualche sorpresa nei magistrati e giureconsulti, che osservavano con vedute diverse le disposizioni dell'art. 2123 del Codice civile. Essi, non ostante, non erano sicuri delle loro proprie

idee, pel rispetto e fiducia che dovevasi giustamente a'decreti della Corte di cassazione. Era questo lo stato delle cose quando, con decreto dei 19 aprile 1819, questa Corte giudicò che il diritto di far rivedere la sentenza era comune al Francese ed al forestiero. Il decreto è di tanta importanza da determinarmi a farne conoscere la specie ed i motivi. Io l'attingo dalla raccolta de' decreti di questa Corte, ove trovasi riportato con ugual sicurezza e precisione.

« Con sentenza de' 14 maggio 1814, il tribunale di Boston aveva condannato Parker *Americano*, a pagare ad Holker, *regnicolo francese*, per saldo di liquidazione d'una società di commercio, circa tre milioni di franchi.

» Parker abitava in Francia, ove aveva acquistato effetti mobiliari e immobili, su de'quali Holker aveva domandato al tribunale civile della Senna, di essere autorizzato ad eseguire la sentenza del tribunale di Boston.

» Una sentenza del tribunale della Senna aveva di fatto dichiarata esecutoria quella di Boston, e tutto ciò senza esame, e senza cognizione di causa. Sull'appello interposto da Parker, la sentenza venne annullata dalla Corte reale di Parigi, la cui decisione venne così motivata.

« Attesochè l'Ordinanza del 1629 stabiliva, come principio generale ed » assoluto, che le sentenze rese in paese straniero, *qualunque sia la loro » causa*, non avrebbero effetto alcuno in Francia; che il Codice civile » aveva accordata la medesima estensione a questo principio col di- » chiarare che l'ipoteca non può nascere da sentenze rese in paese stra- » niero, se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un tribunale » francese; che questa dichiarazione non ha per oggetto una pura formali- » tà, come altra volta, colla concessione del *pareatis* da una giurisdizione » all'altra per le sentenze emanate nell'interno del regno; ma suppone » per parte del tribunale francese una conoscenza di causa ed un profondo » esame della giustizia della sentenza, come la ragione lo vuole, e come si » è sempre praticato in Francia, secondo la testimonianza degli antichi » scrittori ».

» Holker produsse ricorso per annullamento, pretendendo che la Corte reale, imponendo l'obbligo a'giudici di procedere ad un esame in merito avanti di dichiarare esecutoria in Francia una sentenza resa in paese straniero, *quando era stata favorevole ad un Francese*, aveva falsamente interpetrata l'Ordinanza del 1629, e gli articoli 2123 e 2128 del Codice civile, e 546 del Codice di procedura civile, commettendo un abuso di potere.

» Ma la Corte, dopo aver esaminata la questione con avvertenza, giacchè trovavasi in vario modo decisa dalle Corti reali, rigettò il ricorso di Holker per i seguenti motivi.

» Considerando che l'Ordinanza del 1629 disponeva in un modo assoluto, e senza eccezione, che le sentenze emanate in paesi stranieri non poteansi eseguire in Francia, e che i Codici civile e di procedura hanno soltanto autorizzati i tribunali francesi a renderle esecutorie;

» Che quindi l'Ordinanza del 1629 non si rende ivi applicabile;

» Considerando che gli art. 2123 e 2128 del civile, e l'art. 546 del Codice di procedura non autorizzano i tribunali a dichiarare, senza esame, esecutorie in Francia le sentenze profferite in paese straniero;

» Che un'autorizzazione di simil natura sarebbe contraria all'istituzione de' tribunali, come lo sarebbe stata quella di accordare o negare la esecuzione arbitrariamente e a capriccio;

» Che quest' autorizzazione, che per altro lederebbe i diritti del governo francese, non fu tra le mire del legislatore, giacchè quand'egli dovè permettere l'esecuzione, sopra semplice *pareatis*, delle sentenze profferite da arbitri rivestiti dalla legge del carattere di giudici, egli ebbe cura di non accordare la facoltà di omologarle, se non al presidente, e non già al tribunale, non potendo questi pronunziare se non dietro matura deliberazione, nè, anche ne' giudizj contumaciali, far diritto alla domanda, se *questa non è giusta e ben fondata*, art. 116 e 150 del Codice di procedura;

» Considerando finalmente che sì il Codice civile, come quello di procedura non distinguono nulla fra questi diversi giudizj resi in paese straniero, permettendo a' giudici di dichiararli tutti esecutorj;

» Che perciò, queste sentenze essendo senza dubbio sottoposte ad un esame sotto l' impero del Codice civile, come lo sono state sempre quante volte sonosi rese contra un Francese, non poteasi decidere che tutte le altre deggiono rendersi esecutorie se non in cognizione di causa, senza che si fosse fatta una aggiunzione alla legge, ed introdotta una distinzione arbitraria, sì poco fondata in ragione quanto in principj;

» Che da questo ne deriva che, rigettando l' eccezione della cosa giudicata, la quale pretendevasi che risultasse da una sentenza emanata in paese straniero, ed ordinando che l' attore deducesse le ragioni sulle quali fonda la sua azione per essere dibattute da Parker, e quindi decidersi con piena cognizione di causa, la Corte reale di Parigi ha fatta una giusta applicazione degli articoli 2123 e 2128 del Codice civile, e 546 del Codice di procedura ».

Su questa controversia si possono avere delle vantaggiose idee dalla discussione della Corte reale di Parigi, de' 27 agosto 1816, confermata da questo decreto della Corte di cassazione. Denevers, anno 1806, pag. 128, sup.

È dunque chiaro, secondo il riportato decreto, che eccetto il caso di disposizioni di leggi politiche o di trattati, se ve ne sono, dal che non debbasi credere che la Corte di cassazione intese allontanarsene, la facoltà di domandare la revisione della sentenza resa in paese straniero debb' essere comune sì al forestiere che perdè, come al francese che si trovasse nell' istessa circostanza. Questo decreto è assai più analogo all'art. 2123 del Codice civile, che non ammette l'arbitraria distinzione introdotta dalla giurisprudenza non a guari passata.

Le cure che prende una Corte, le nuove meditazioni alle quali abbandonasi, onde migliorare la giurisprudenza e renderla del tutto uniforme al testo ed allo spirito della legge, non possono essere che un soggetto di elogj. Non sarebbe che un' ingiusta critica quella che potrebbe far guardare con dispiacere un cangiamento di opinione. In legislazione, in giurisprudenza, ed in quanto forma l'oggetto delle operazioni dello spirito, la verità non si scorge a prima vista, e la scoperta del vero è sempre il frutto del tempo e delle riflessioni che si succedono.

I principj sono anche gl' istessi per i tribunali di commercio.

209. Si vede bene che quanto si è detto sopra la facoltà di domandare la revisione di una sentenza, quando deve aver luogo, bisogna che sia osservato tanto per le sentenze pronunziate da' tribunali di commercio, quanto per quelle rese da' tribunali ordinarj. Non saprebbesi vedere una differenza. Non vi è nè anche bisogno, onde formarsi delle idee all' oggetto, di sapere quel che fu deciso da alcune delle decisioni da me riferite, come pure da altre non riferite. Fu questo soprattutto uno de' punti giudicati dalla Corte di cassazione, nel 18 piovoso anno 12.

È indifferente che l' una o l' altra delle due parti sia stata attrice, rea convenuta, o interveniente in causa.

210 Purchè esista il diritto di domandare la revisione d'una sentenza resa in paese straniero, è indifferente che colui il quale reclama questa

revisione sia l'attore, il reo, o l'interveniente in causa. Ciò è stato similmente giudicato coll'istessa decisione. « Considerando, ivi si dice, che le espressioni generali dell'art. 121 dell'Ordinanza del 1629 (la quale allora era di norma, e che al presente conviene combinare coll'art. 2123 del Codice civile, sanamente inteso secondo il decreto della Corte di cassazione de' 19 aprile 1819), uon soffrono alcuna eccezione, tanto per la natura della questione trattata avanti ad un tribunale straniero, quanto per la qualità colla quale un Francese vi ha figurato; che quindi non si puole, per l'applicazione dell' indicato articolo, ammettere alcuna *distinzione* tanto nel caso che trattasi di un affare commerciale o puramente civile, quanto in quello nel quale *sia stato un Francese attore, reo convenuto, o interventore in causa*; ma la legge nega indistintamente qualunque forza esecutoria in Francia alle sentenze emanate da' tribunali stranieri ».

Conseguenze di ciò che si è detto. Delle procedure formate in paese straniero.

211. Da quanto si è detto resulta che, salvo l'esecuzione delle leggi politiche e de' trattati, con i quali bisogna regolarsi, se ve ne sono, la sentenza profferita in paese straniero devesi dichiarare esecutoria in Francia da un tribunale competente, e con piena cognizione di causa, se, sopra la domanda di semplice esecuzione, il reo convenuto fa le sue conclusioni in merito. Ma le procedure e gli altri atti giudiciali fatti in paese straniero, onde preparare la sentenza profferita, dovranno sempre conservare in Francia il loro effetto. Si scorge facilmente quanto sarebbe ingiusto di rigettare le pruove compilate sopra luogo, che non si potrebbero più, almeno con difficoltà, procurare. In questo caso non è un deferire alla cosa giudicata: ma è un ammettere come veri quei fatti che debbono essere di norma a' magistrati nel decidere, e la di cui certezza non può in altro modo essere stabilita. Si può riscontrare quanto all' oggetto diceva il signor Merlin nelle sue questioni di diritto, tom. 8, alla parola Supplente (giudice), sulle tracce di Emerigon, nel suo Trattato delle assicurazioni, cap. 4, sez. 8.

Eccezione per le sentenze rese dai consoli francesi in paese straniero.

212. Ma quel che si è detto non è in verun modo applicabile ai giudicati resi da' consoli della nazione francese in paesi stranieri. D'Héricourt

ne insegnava la ragione, che al presente è anche vera. Dopo di aver detto, della vendita degl' immobili, cap. 11, sez. 2, n. 30, che le sentenze rese da' giudici d' una potenza straniera non producevano ipoteca sopra i beni situati in Francia, egli soggiungea: « Il che non deve dirsi dei consoli della nazione nelle scale di Levante, o in altri luoghi ove sono stabiliti; poichè, siccome questi ufficiali hanno la facoltà dal Re che li costituisce giudici, e siccome gli appelli dalle loro decisioni si portano alla conoscenza de' tribunali francesi, le sentenze da loro profferite producono ipoteca sopra i beni situati nel regno. Si dica lo stesso delle sentenze rese da' giudici francesi stabiliti in quella parte dell' America che è sotto la dominazione del Re ».

Qui non devesi riguardare al luogo ove l'atto è formato, ma alla capacità dell'ufficiale che n'è il ministro. Circa allo stato de' consoli francesi, e de' cancellieri stabiliti presso costoro nei paesi stranieri, si riscontri il *Reper. di giurisp.* alle parole *Consoli francesi e Cancellieri dei consoli di Francia nei paesi stranieri.*

Delle sentenze rese da arbitri in paese straniero.

213. Per le sentenze profferite da arbitri in paese straniero, tra un Francese e un individuo di quel paese, i principj sviluppati circa le sentenze profferite da' tribunali stranieri, non le riguardano punto. È facile il vedere la differenza che avvi tra giudici da' quali le parti non possono dispensarsi di essere giudicati, e quelli che vengono da esse eletti. Ciò è tanto vero, che potrei dispensarmi dall'invocare in appoggio la autorità. Non pertanto, dirò che in questo modo giudicò la Corte reale di Parigi, con decisione de' 16 dicembre 1809, Denevers anno 1810, pag 35, supp. Mi piace per motivo esporre quanto diceva il signor Mourre, allora procuratore generale di quella Corte: « Per le sentenze degli arbitri, questo motivo (quello cioè concernente la facoltà di domandare la revisione della sentenza) non esiste. L'arbitro viene eletto dalla parte: questa ha conosciuti i suoi principj, i sentimenti ed il desiderio di fargli giustizia; essa vi si è decisa, non perchè egli era di tal nazione o di tale altra, ma perchè essa lo stimò giusto ed intelligente; essa quindi intese di ricorrere non all'autorità, ma alla saggezza, ed essa istessa l'investì de' poteri de' quali aveva bisogno. Il compromesso è il mandato: la sentenza ne forma l' esecuzione. » Si vede però che in siffatti casi bisogna che la sen-

tenza riceva da un tribunale francese la forza esecutoria, e l'effetto onde imporre ipoteca.

Del modo di esecuzione in Francia delle sentenze emanate in paese straniero.

214. Convien discendere al modo di rendere eseguibili in Francia le sentenze rese in paese straniero, contra i Francesi e coloro che dimorano in Francia. Io esamino la questione sotto un punto di vista generale, cioè facendo astrazione dall'effetto che debbono avere queste sentenze, relativamente alle obbligazioni che ne debbono risultare, e del diritto che può esistere di farle rivedere. Dietro a quel che fu detto all'oggetto, è facil cosa il conoscere il motivo della proibizione di eseguirsi in Francia una sentenza profferita in paese straniero, senza il permesso de' giudici francesi, che, in questa parte, esercitano il potere loro delegato dal Re, ch'è la sorgente di qualunque autorità.

» Non sarà lecito di mettere in esecuzione, prescrive l'art. 545 del Codice di procedura, alcuna sentenza ed alcun atto, se non hanno la stessa intitolazione delle leggi, e non sono chiusi con un mandato agli uffiziali di giustizia. Ora gli uffiziali di giustizia sono tali in ordine al loro Re, ma non possono essere rivestiti di autorità da alcun altro.

Il modo di esecuzione sotto questo rapporto, che dassi in Francia alle sentenze rese da' tribunali stranieri, viene prescritto dall'art. 546 del Codice di procedura: ivi si dispone che « I giudicati profferiti da tribunali stranieri, e gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri, non saranno eseguibili nel regno, se non nel modo e ne' casi preveduti negli art. 2123 e 2128 del Codice civile ». Da ciò deriva che l'esecuzione delle sentenze profferite in paese straniero, non devesi permettere in Francia, se non quando l'esecuzione delle sentenze profferite in Francia viene permessa dal Sovrano del paese straniero ove le sentenze sono state pronunziate, e nell'istessa maniera che essa lo è. L'esecuzione, astrazion fatta da quel che può avvenire per l'ipoteca e per la revisione delle sentenze, è soggetta alla reciprocità, giusta le leggi politiche e i trattati.

Qualche esempio di reciprocità stabilita a tal oggetto.

215. Citerò qui pochi esempj di tale reciprocità.

In conformità de' Trattati conchiusi tra la Francia ed il Corpo Elve-

tico, a' 28 maggio 1777, e a' 3 fruttidoro anno 6, l'ipoteca viene conferita ai giudicati resi in questi due Stati sopra i fondi che sonovi respettivamente situati; ed in quanto all'esecuzione delle sentenze emanate da'tribunali elvetici, essa dipende dalla semplice legalizzazione dell' inviato di Francia, in guisa che il permesso de' tribunali francesi non è richiesto nè rendesi necessario.

Per gli Stati del Re di Sardegna, le relazioni diplomatiche fra questi Stati e la Francia, almeno per quanto riguarda questa parte, sono tuttavia le medesime che furono stabilite con un trattato de' 24 marzo 1760, rivestito di lettere-patenti de' 24 agosto seguente, e registrato al parlamento di Parigi, a' 6 settembre. L'articolo che riporterò è estratto dalle spedizioni certificate, indipendentemente da quel che trovasi nelle opere di giurisprudenza (1).

Art. 22. « Onde estendere la reciprocità, da formare il nodo di questa corrispondenza, alle materie contrattuali e giudiziali, si è convenuto, 1.° che nel modo istesso col quale le ipoteche stabilite in Francia, con atti pubblici o giudiciali, vengono ammesse ne' tribunali di S. M. il Re di Sardegna, si avrà egualmente l' istesso riguardo, ne' tribunali di Francia, per le ipoteche che saranno nell' avvenire stabilite con atti pubblici, ordinanze, o sentenze negli Stati di S. M. il Re di Sardegna; 2.° che onde favorire l' esecuzione reciproca delle sentenze e decisioni, le Corti supreme deferiranno da una parte e dall'altra, a seconda del diritto, alle requisitorie che saranno loro dirette a tal riguardo, in nome delle dette Corti; finalmente che, per essere ammessi in giudizio, i sudditi respettivi non saranno obbligati, d' ambe le parti, se non all' istesse cauzioni e formalità che si richiedono dagl' individui della propria giurisdizione, a norma dell' uso di ciascun tribunale ».

Si comprende bene che l' ipoteca è reciproca ne' due regni; e pel modo di eseguire i giudicati, esso ha luogo ed in Francia ed in Sardegna analogamente alle disposizioni di questo articolo, e giusta le forme che si vedranno nella nota (2).

(1) Questa convenzione viene riportata dal sig. Gaschon, avvocato in Parigi, nell'opera intitolata: *Codice diplomatico, dei regnicoli*, opera infinitamente utile su questa importante materia,

(2) Il Francese che ha ottenuta una decisione da una Corte reale di Francia, o anche una sentenza da uno de' tribunali nella cui giurisdizione egli ritrovasi, presenta a questa Corte, col mezzo d'un procuratore, una domanda con cui chiede che, in virtù dell'art. 22. del Trattato de' 24 marzo 1760, gli si accordino lettere rogatorie dirette alla Corte superiore

Un semplice uso, od una legge soltanro locale non bastano per dare alle sentenze straniere l' autorità della cosa giudicata.

216. Può elevarsi la questione di sapere, se debbonsi in Francia considerare come cosa giudicata le sentenze e decisioni profferite in paese straniero ove tanto in virtù d'una legge locale, quanto per un uso particolare, ma senza convenzione di sovrano e sovrano, si attribuisce una tale autorità ai giudicati profferiti dai tribunali francesi.

Il signor Merlin, *Questioni di diritti*, alla parola sentenza, §. 15, ragionevolmente è per la negativa; egli invoca un' opinione del saggio di Héricourt, di cui cita l' espressioni, in occasione d' un' ipoteca contrastata alla principessa di Carignano. Ciocchè diede luogo a varie decisioni riportate da molti antichi scrittori. Nulla avvi di più giudizioso dell' opinione di Héricourt all'oggetto. Quanto egli dice è tanto profondo e così

di Sardegna, nella cui giurisdizione è domiciliato quegli che venne condannato da una decisione o sentenza profferita in Francia, onde ottenere il permesso da questa Corte superiore di Sardegna di far praticare tutte l'esecuzioni necessarie nella sua giurisdizione, a fin di astringere il debitore al pagamento delle condanne pronunziate dal tribunale di Francia, e pel principale e per gli accessori. La decisione o sentenza si unisce alla petizione.

Sull'ordinanza *si comunichi al procurator generale*, emessa dal primo presidente, la Corte emana una decisione, che si rilascia sulla minuta scritta in seguito della petizione e delle conclusioni. Con tal decisione la Corte prescrive che le lettere rogatorie saranno intestate e dirette alla Corte superiore degli Stati di Sardegna, nella cui giurisdizione è domiciliato il debitore, affinchè questa Corte faccia godere il petizionario del beneficio accordato dall'art. 22 del Trattato del 24 marzo 1760, e di permettere che sia posta in esecuzione, nella sua giurisdizione, la sentenza o la decisione.

In esecuzione di tal decisione, munita del sigillo della Corte, questa Corte istessa dirige separatamente le sue lettere rogatorie alla Corte superiore degli Stati di Sardegna, ove l'affare si appartiene. In esse si dice ch'ella prega questa Corte onde permetta la notificazione e l' esecuzione della sentenza della quale trattasi, e questa in tutta la sua giurisdizione, offerendo la detta Corte di Francia di farlo stesso, e di più ancora all'uopo. (Onde essere esatto in queste espressioni, le rendo testualmente: esse sono d' un antico stile delle Corti di giustizia di Francia e di quelle degli Stati di Sardegna, e questo stile si osserva tuttavia.)

Le Corti superiori degli Stati di Sardegna seguono la medesima condotta colle Corti reali di Francia. L'una di queste forme è stata per convenzione modellata sull'altra. Questo modo di praticare è noto da moltissimo tempo; esso non incontra mai veruna difficoltà. Le ultime lettere *rogatorie* che ho vedute dirigere dalla Corte reale di Riom al senato di Chambery, sulle mie conclusioni, essendo allora io procuratore generale, sono del mese di novembre 1818.

Fo all'oggetto osservare che le sopraddette ordinanze, non sono soggette al registro.

proprio a rischiarare le questioni importanti della natura di quelle di cui si tratta, e che emanano dal diritto pubblico, ch' io credo doverlo trascrivere in una nota (1). Talchè non avvi su questa materia altra reciprocità

(1) » Qualunque siano gli usi del Piemonte, essi non possono influire nella questione: basta che le nostre leggi rigettano l'ipoteca de' contratti stipulati in paese straniero. Ognun sa che l'ipoteca è un diritto reale che viene regolato dalla legge del luogo in cui devesi esercitare.

» Ma, si dice, cosa mal sarà del diritto di reciprocità, che deve avere luogo tra due regni vicini, se non permettesi in Francia l'ipoteca de'contratti stipulati in Piemonte, quandochè nel Piemonte accordasi l'ipoteca a' contratti stipulati in Francia?

» Perchè questa difficoltà venga a crollare, basta spiegare cosa s'intende per reciprocità, e quali ne sono i limiti.

» La regola della reciprocità è figlia della convenzione de' principi che ne forma la base: ma non si può dedurre che offenda la indipendenza de' differenti monarchi.

» Il suo effetto si limita a qualche diritto di *rappresaglia*, cioè a negare a' Piemontesi in Francia, quanto la legge del Piemonte nega a' Francesi.

» Ma la regola di reciprocità, che è in uso fra le nazioni, non può obbligare i magistrati francesi ad accordare a' Piemontesi, contra le leggi del regno, tutt' i diritti che accordansi agli stranieri nel Piemonte, eccetto se i due sovrani non sieno convenuti della reciprocità mediante un trattato conchiuso tra essi, come fassi per le ipoteche tra la Francia e la Lorena.

» Se fosse altrimenti, un sovrano non sarebbe più tale ne' suoi stati, quando fosse costretto ad accordare a' sudditi d'un altro regno, che si ritrovano nel suo territorio, quanto il re di quest' altro regno accorda agli stranieri.

» Sonovi del pari molte nazioni che non conoscono il diritto de' regnicoli, ed i sudditi di questi stati possono forse pretendere non essere sottoposti a questo diritto in Francia, ove viene osservato, sul motivo che tra loro non esercitasi relativamente agli stranieri? Così, un commercio è proibito in Francia, ma si permette in un altro regno; e sarà questa una ragione onde i sudditi di quest' altro regno vengano a farlo in Francia, malgrado le nostre leggi?

» Siccome queste proibizioni sussistono in Francia, è questo un motivo perchè negli altri paesi distinguonsi i Francesi dagli stranieri, e che viene loro negato il favore che in Francia si nega agli stranieri. Ciò è quello che chiamasi diritto di rappresaglia, il quale emana dalla regola della reciprocità, ciocchè non lede per nulla i diritti della sovranità di Francia.

» È una materia di negoziazione tra i due sovrani. Essi deggiono bilanciare i vantaggi che possono trarre dalla reciprocità. Quando essi la trovano eguale tra i due popoli, essi la stabiliscono tra amendue i regni, come si praticò nel Trattato di Utrecht, onde stabilire la reciprocità dell' esenzione del diritto de' regnicoli tra la Francia e l' Inghilterra. Ma quando un regno è più grande d' un altro, essi comunemente la stabiliscono fra l' uno de' due, ed una parte dell' altro regno proporzionatamente alla grandezza. (Così venne stipulato col Trattato, de' 21 gennaio 1718, tra la Francia e la Lorena, la reciprocità d' ipoteca e di esecuzione de' contratti e giudicati, da una parte, per tutti gli Stati del duca di Lorena, e dall' altra per la generalità della provincia di Metz esclusivamente). La rappresaglia è di diritto, e ciascun sovrano può esercitarla nel suo regno, come gli ag-

che quella fondata sopra le leggi politiche o sopra i trattati. Tal'è del pari la disposizione testuale degli articoli 2123 e 2128 del Codice civile a cui si riferisce l'art. 546 del Codice di procedura civile.

Questioni relative alla riunione in Francia di molti paesi stranieri.

217. La riunione alla Francia di molti paesi stranieri ha fatto sorgere all'oggetto parecchie questioni. Le difficoltà si sono presentate sotto un doppio aspetto. Sulle prime, vi erano state delle sentenze rese in Francia, a favore de'Francesi, contra persone di paesi non a guari riuniti alla Francia. Questi paesi, per le sentenze profferite in Francia, aveano delle prerogative simili a quelle de' Francesi in ordine alle sentenze rese contra di essi da'tribunali di quest'istessi paesi stranieri. Questi diritti reciproci erano forse cessati? ed a qual epoca rimontava questa cessazione? e se poteasi opporre la confusione di questi diritti, a principiare dall'epoca della riunione d'un paese ad un altro, questa confusione avea ella effetto retroattivo, da dare alle sentenze anteriori alla riunione i medesimi diritti, privilegj e prerogative non altrimenti che se la riunione fosse già esistita quando le decisioni e le sentenze eransi emanate?

Inoltre, alcune sentenze si erano rese contra Francesi in paesi, anticamente stranieri alla Francia, ed ora a questa uniti; esse erano state profferite a favore di cittadini di quegl'istessi paesi stranieri. I diritti che potrebbero rappresentare i Francesi, se si fossero estinti a principiare dal tempo della riunione, esisterebbero eglino nella loro pienezza per i titoli anteriori a questa riunione? Giova intanto conoscere la giurisprudenza che si è formata in ordine ad amendue queste controversie, giacché le tracce di queste riunioni non si sono del tutto cancellate per le questioni che ne sono nate, della natura di quelle di cui si tratta.

Onde progredire con maggior metodo, discuterò successivamente le due questioni da me presentate.

grada: ma la reciprocità, che estendesi al diritto ed alla pulizia d'un altro regno, deriva dalla convenzione, e non può essere stabilita se non in forza di un trattato fra i due principi.

» Senza di ciò un piccolo stato sarebbe padrone di procurarsi i vantaggi che più gli aggradano in uno stato grande: esso non avrebbe che ad accordare a'sudditi di questo grande stato i diritti ed i privilegj di cui vorrebbe che i suoi sudditi godessero in questo stato ».

Delle sentenze profferite a favore de' Francesi, contra abitanti di paesi stranieri che erano stati riuniti alla Francia.

218. Per le sentenze emanate a favore di Francesi contra abitanti di paesi stranieri riuniti in seguito alla Francia, la controversia venne giudicata in massima da un decreto della Corte di cassazione de' 18 termidoro anno 12, ciocchè diede luogo ad un luminoso sviluppo dei principj relativi alla materia. Viene esso riportato da Denevers, anno 13, pag. 42, ed anche con maggiore estensione dal signor Merlin nelle sue *Questioni di diritti* alla voce *Riunione*.

La causa presentava un gran numero di fatti. Dirò quei che sono necessarj onde intendere il decreto, e per l' istessa ragione darò un ristretto delle osservazioni essenziali e de'motivi. La sig. Champigny, *francese*, si pretendeva ereditrice della famiglia Selys, di Liegi, in virtù di due decisioni del parlamento di Parigi, del 1782 e 1783. Ella non potè ottenere l'esecuzione di queste due decisioni nello stato di Liegi, malgrado molte procedure, che tralascio riportare. L'inutilità di queste procedure derivava da' privilegj de' Liegesi, in quanto all'esecuzione delle sentenze rese contra di essi in paese straniero. Ma nell' anno 7, dietro la riunione dello Stato di Liegi alla Francia, la causa fu per la seconda volta avanzata dagli eredi della sig. Champigny innanzi al tribunal civile del dipartimento de l'Ourthe contra il signor Selys. Dopo le opposizioni prodotte da costui relative ai privilegj dei Liegesi, il tribunale, a' 14 fiorile anno 8, pronunziò una sentenza con la quale, senza affatto attenersi alle conclusioni degli eredi Champigny che dimandavano l'esecuzione di ambe le decisioni del parlamento di Parigi del 1782 e 1783, ordinò che le parti si fossero difese nel merito. Ben si vede che questo tribunale fece diritto a' privilegj reclamati da' Liegesi e da' Francesi, ed assoggettò ad una novella discussione, avanti ad un tribunale competente, ciò che era stato giudicato in paese straniero.

La Corte di appello di Liegi, con decisione de' 15 fiorile anno 10, confermò questa sentenza. Non è inutile riportarne la dispositiva, giacchè essa contiene la conferma, secondo il diritto pubblico di Alemagna, sì nel diritto della nazione alemanna e specialmente di que'di Liegi, per le sentenze rese contro di essi, come pel diritto de' Francesi relativo alle sentenze contro di loro emanate fuori della Francia.

« Attesochè si dice, nella decisione sopra citata del 15 fioril eanno 10, che è principio di diritto pubblico e delle genti, che le sentenze d'un paese straniero non sono esecutorie, fuorchè quando si è derogato ad una tal regola, con trattato, o con reciprocità stabilita dall'uso (1), *che gli autori francesi e tedeschi affermano unanimemente che la giurisprudenza francese*, *e quella dei paesi di Liegi è stata sempre uniforme a questo principio*; che Liegi, come parte integrale dell'impero tedesco, era nella giurisdizione de'tribunali superiori dell'impero, tra gli attributi del quale eravi anche quello di conservare i diritti e privilegj dei suoi membri, uniformemente al grado ed alla preminenza del loro stato; che gli scrittori più accreditati, tra i quali Ludolf e Lauterback ci assicurano che la pratica de'supremi *dicasteri* dell'impero, *non ammetteva l'esecuzione delle sentenze ch'eransi rese in paese straniero*, se non dietro cognizioni di causa; che Selys avea quindi fatto uso del suo diritto, deducendo avanti a'tribunali di Liegi le eccezioni di nullità, ch'egli credea di opporre con fondamento alla domanda di esecuzione delle due decisioni in questione; e che *l'avvenimento che riunì i due popoli*, *non avendo recato verun pregiudizio a' diritti acquistati fra particolari*, *Selys ha conservato il diritto di far giudicare la causa pendente tra le parti nello stato in cui trovavasi* ».

Gli eredi di Champigny si opposero a questa decisione ricorrendo in cassazione: essi opponevano mezzi desunti dal diritto delle genti, che non potevano reggere contra i principj di diritto pubblico e politico, de'quali aveva fatto uso la Corte di appello di Liegi; essi si fondavano egualmente sugli antichi trattati, che credevano essersi stipulati fra i respettivi sovrani de'due regni: ma l'applicazione era erronea. Invocavano inoltre un uso di reciprocità fra lo stato di Liegi e la Francia, che giammai venne stabilito. Finalmente, pel punto essenziale della loro causa (il quale consisteva nel sapere quale effetto potea avere, sopra l'esecuzione delle decisioni del 1782 e 1783 rese dal parlamento di Parigi, la riunione de' due paesi, avvenuta posteriormente alle decisioni) essi dicevano che queste decisioni potevan essere eseguite nello stato di Liegi, almeno in seguito della sua riunione col territorio francese. Per effetto di questa riunione, soggiungevano, le due decisioni sonosi rese esecutorie di pieno diritto. L'ostacolo che ne avea arrestata l'esecuzione venne allontanato. Non essendovi più

(1) Si è veduto, al n.° 216, che gli usi locali, almeno in Francia, non servivano di regola; che vi bisogna l'autorità delle leggi politiche, o de'trattati.

veruna differenza tra la dominazione francese e quella di Liegi, *la giustizia deve dunque riprendere il suo corso come se non fosse stata mai sospesa.*

Il sig. Merlin, che all'oggetto portò la parola, confermò i principj adottati dalla Corte di Liegi: ma modificò quello ch'era stato detto nella decisione di questa Corte, con una differenza consistente in ciò, che in Francia le sentenze rese dai tribunali stranieri contra i Francesi non potevano essere rivestite di *pareatis*; ch'esse si aveano come non esistenti; che le parti, le quali le hanno ottenute, non ne possono far uso; che conviene ch'esse comincino con una nuova azione, come se niente si fosse deciso nella giurisdizione straniera; mentre che in Alemagna, il tribunale al quale qualcuno dirigevasi con lettere *rogatorie*, per l'esecuzione d'una sentenza emanata in paese straniero, può permettere ch'essa venga realmente eseguita nella sua giurisdizione, ciò non ostante, esso non lo può fare *se non dopo di avere conosciuta la giustizia* e *la regolarità di questa sentenza*. Ma, come molto bene osservava il signor Merlin, amendue i modi di procedere hanno di *necessità l'istesso resultato*.

Venendo alla questione relativa all'effetto che dovea avere la riunione dei due paesi, consistente nel conoscere se tal riunione dovea avere una retroattività, questo magistrato manifestò dell'idee sopra tale importante e delicato soggetto, di cui conviene penetrarsi, tanto più ch'esse sono state adottate dalla decisione.

» Ma, diceva egli, per effetto della riunione dello stato di Liegi alla Francia, le decisioni in questione sono divenute esecutorie di pieno diritto in quello stato, o, in altri termini, la legge del 9 *vendemiaio* anno 4, che dichiarò tale riunione, può ella avere un effetto retroattivo? Nò. Accade, per una tal legge, ciò che, era per tutte le altre: essa non dispone che per l'avvenire; il passato è fuori del suo dominio, e quindi non se ne può occupare. Ora non sarebbe un farla retroagire, in quanto al passato, togliendo al sig. Selys il diritto che avea acquistato antecedentemente alla riunione, di non fare, cioè, eseguire nello stato di Liegi le decisioni rese contro di lui precedentemente in Francia? E si dica, per quanto si vuole, d'esser egli oggi un Francese, e che perciò i di lui beni situati nello stato di Liegi sono al presente situati sotto la sovranità francese. Sì, ora egli è senza dubbio un Francese, ma è tale però in quanto agli atti posteriori all'epoca in cui venne rivestito di tal qualità; sì, senza dubbio i suoi beni ora sono situati sotto la sovranità francese, ma essi lo sono per gli effetti susseguenti a questa nuova posizione. Nel divenir Francese, egli

conservò tutte le sue particolari proprietà, con tutt' i diritti che le accompagnavano al momento della riunione; le conservò con tutte le azioni che allora gli appartenevano per reclamarle; le conserva con tutte l' eccezioni che in quell'epoca le garantivano dagli attacchi a'quali erano esposte: ed è manifesto che fin d' allora esse sono al coperto da tutt' i tentativi che potevansi prima fare onde venirne egli privato in virtù di decisioni del parlamento di Parigi ».

Col decreto della Corte di cassazione, il ricorso venne rigettato. Per la brevità, mi limito a riportare il solo motivo che riguarda la retroattività della riunione: « Considerando che la riunione posteriore (alle decisioni) dello stato di Liegi alla Francia, non produsse alcun cangiamento a' diritti acquistati da' naturali di Liegi: *che questi sono stati riuniti con tutt' i loro diritti, azioni ed eccezioni*; d' onde resulta che la sentenza impugnata non contiene alcuna violazione di legge ».

Aggiungerò soltanto che contra Selys erasi dedotto un mezzo di annullamento, onde le procedure, ed alcune di esse che avevano dato luogo alle due decisioni del parlamento di Parigi, del 1782 e 1783, erano un fatto suo proprio o de' suoi autori. Ma venne deciso che questa circostanza era indifferente, nè poneva alcun ostacolo all' esercizio del privilegio. « Attesochè, è detto nel decreto, la famiglia Selys, Liegese, obbligata a litigare in Francia, essendo attrice, e dimorando in Francia il suo debitore, non ha per questo contratta l' obbligazione di subire, a Liegi, sopra i suoi beni, e sopra la sua persona, l'esecuzione delle sentenze rese in Francia ». In ciò questo decreto si uniforma ad un altro dell'istessa Corte, del 18 piovoso anno 12, da me riportato nei numeri 207, 208, 209 e 210.

Per le sentenze ottenute contro i Francesi dagli abitanti d' un paese straniero, riunitì in seguito alla Francia.

219. Per le sentenze ottenute contro i Francesi, dagli abitanti d' un paese straniero, riunito quindi alla Francia, ciò che presenta l' inversa della precedente controversia, per analogia si comprende che bisognerebbe decidere che, se non vi fosse stata reciprocità stabilita tra la Francia ed il paese straniero posteriormente ad essa riunito, la riunione dei due stati si sarebbe fatta *con tutt' i loro diritti, azioni ed eccezioni*: *ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Avvi all' oggetto un decreto della Corte di cassazione, de' 21 novembre 1809, che sembra aver deciso il contrario. Ma è essenziale di rimar-

care che esso non decise la controversia in massima. Questo decreto venne reso per motivi particolari, che non derogano a' principj fissati da' decreti precedentemente profferiti. È molto utile conoscerlo, sia perchè tali questioni, come già dissi, non sono del tutto esaurite, sia perchè il decreto in sè stesso può anche guidare all'applicazione de' principj generali della materia.

I fatti su dei quali fu pronunziato il suddetto decreto diedero egualmente luogo ad una lunghissima discussione. La ragione si è che le parti non aveano idee molto chiare de' mezzi a' quali la contestazione poteva ridursi. Mi allungherei troppo se volessi riportare tutta la discussione. Lo scopo essenziale che mi propongo si è di darle de' giusti confini, e di presentare a chiara luce quanto venne giudicato, giacchè per concepirlo vi è anche bisogno di qualche attenzione.

A' 23 gennaio 1806, il sig. Montz era stato espropriato d'una casa situata in Parigi, ad istanza del sig. Sellon d'Allamans, negoziante a Ginevra. Molti creditori iscritti concorsero alla graduatoria, e in particolare il signor Sellon, ed i signori Tourton e Ravel, banchieri a Parigi. Costoro erano creditori di Montz di considerevoli somme in forza di sentenze del tribunale di commercio della Senna, confermate da una decisione della Corte reale di Parigi. Ciocchè è essenziale rimarcare si è, che la data delle loro ipoteche era fissata a' sette termidoro anno 7.

Giova anche osservare che il titolo di credito del signor Sellon era un obbligo di 50,000 franchi stipulato innanzi notaro in Ginevra, a' 24 aprile 1792, ed inoltre era egli creditore iscritto anteriormente a' signori Tourton e Ravel.

La riunione di Ginevra alla Francia era seguita con trattato de' 7 fiorile anno 6, confermato da un decreto de' 20 dell' istesso mese. Questo trattato di riunione si trova sotto la medesima data nel Bullettino delle leggi. Nelle narrative non citasi con precisione la data dell' iscrizione del signor Sellon, ma non si può dubitare ch' essa non fosse presa dietro la riunione e dietro la promulgazione della legge degli 11 brumaio anno 7, e sempre anteriormente a quella de' signori Tourton e Ravel.

Questi si resero opponenti alla preferenza reclamata dal signor Sellon, sul motivo che il suo atto di obbligo, essendo stato stipulato in paese straniero, non produceva ipoteca sopra i beni situati in Francia.

Il Signor Sellon addusse molti mezzi di difesa. Tralascio quelli opposti inutilmente, come per esempio quello col quale si dicea che questa obbligazione, ancorchè del 1792, doveva da quell'epoca produrre ipoteca di di-

ritto sopra i beni situati in Francia, ciocchè era contrario a' principj; o che se non fosse stata di diritto, avrebbe dovuto produrla, giacchè fra i due stati eravi una reciprocità stabilita, il risultato della quale era che egli avea potuto prendere un'iscrizione *de plano*, ciocchè non veniva punto provato. Passo al mezzo più importante ch'egli produceva, desumendolo dalle disposizioni degli articoli 1.° e 7.° del trattato di riunione de' 7 fiorile anno 6.

Art. 1.° « I Ginevrini, tanto quelli che abitano la città e il territorio di Ginevra, quanto quelli che sono in Francia o altrove, sono dichiarati *Francesi nati* ».

Art. 7.° » Tutti gli atti pubblici, tanto giudiciali quanto notariali, tutte le scritture private ed i libri de' negozianti che hanno una data certa anteriormente alla ratifica de' presenti, *avranno la loro forza, e produrranno tutto il loro effetto a tenore delle leggi di Ginevra.* Le vendite giudiciarie note sotto il nome di subaste, che si troveranno cominciate prima dell'indicata ratifica, saranno terminate secondo le medesime leggi. Tutti questi atti e scritti non verranno soggetti ad alcun diritto resultante dalle leggi francesi, ec. »

Il sig. Sellon presentava questi articoli nel senso che, dopo la riunione, i titoli i quali emanavano dalle autorità di Ginevra, qualunque sia la loro data, dovevano produrre il loro effetto sopra i beni situati in Francia, a contare dalla loro data, e non soltanto da quella della riunione. Resulta da questi articoli, egli dicea, che gli atti pubblici fatti a Ginevra prima della riunione, sono divenuti *autentici* in tutta la Francia dall'istante della ratifica del trattato di riunione; che essi vi producono i medesimi effetti che avrebbero prodotti a Ginevra; e che, reciprocamente, gli atti pubblici, redatti in Francia antecedentemente alla riunione, qualunque sia la loro data, debbono produrre in seguito della riunione, nel territorio ginevrino, gl'istessi effetti che la legge accordava loro nel territorio francese.

Tale asserzione presentata con tale generalità d'idee, incontrava moltissime difficoltà. Il sig. Sellon avrebbe potuto, senza offendere il suo interesse, limitarsi nel dire che gli atti stipulati a Ginevra dovevano avere il loro effetto, in quanto all'ipoteca, almeno a contare dal giorno della riunione, come se questi atti fossero stati stipulati dopo la riunione; quandochè, nel modo ch' egli si espresse, parea dare alla riunione un effetto retroattivo al vigore degli atti, ed anche sotto al rapporto dell'autenticità a contare dalla data de' medesimi titoli. Per quel che concerne la

restrizione dell' effetto de' titoli al giorno della riunione, soltanto egli conservava tutt' i suoi vantaggj; giacchè tutt' i suoi titoli erano anteriori a quelli de' signori Tourton e Ravel, essendo i titoli di questi posteriori alla data della riunione ed anche posteriori alle iscrizioni prese; mentre quella del signor Sellon era stata presa dopo la riunione, ma avanti di quelle de' signori Tourton e Ravel. Egli conservava inoltre tutt' i suoi vantaggj, per la ragione che, in virtù dell' atto del 1792, il sig. Montz avea obbligati *tutt' i suoi beni*; ciocchè, secondo le leggi di Ginevra, uniformi alle leggi romane e francesi, tranne quei paesi che vivevano cogli statuti di garanzia, produceva di diritto ipoteca generalmente sopra tutt' i beni del debitore. Quest' ipoteca aveva luogo senza una precisa stipulazione; essa diveniva, pel solo ministero della legge, un accessorio della obbligazione.

Portatasi la causa alla conoscenza del tribunale civile della Senna, avanti di cui la graduatoria venne aperta, questo tribunale riconobbe che gli atti stipulati in paese straniero non importavano ipoteca in Francia, e che la reciprocità, della quale il signor Sellon prevalevasi, non era in niun modo stabilita. Ma egli opinò che, per effetto della riunione di Ginevra alla Francia, gli atti ed i giudizj stipulati e resi a Ginevra, erano stati rivestiti dell' istessa forza esecutiva ch' esisteva in Francia prima della riunione: che tal' era il senso e lo spirito dell' art. 7 del trattato de' 7 fiorile anno 6, e che quindi l' iscrizione presa dal sig. Sellon, dietro la pubblicazione avvenuta nel territorio ginevrino delle leggi relative al sistema ipotecario in virtù d' un atto di obbligo innanzi notaro rogato a Ginevra, avanti della riunione, doveva produrre il suo effetto in tutta la Francia. Sicchè questo tribunale, con sua sentenza in data de' 30 agosto 1806, ordinò che il sig. Sellon, per il credito racchiuso in questo atto, sarebbe collocato *colla data* de' 7 fiorile anno 6, epoca della riunione di Ginevra alla Francia.

Sull' appello da questa sentenza, la Corte reale di Parigi stimò che la riunione di Ginevra alla Francia non aveva punto cambiata la iscrizione dei Ginevrini in quanto al tempo anteriore; ch' essa aveva comunicati loro tutt' i diritti di cittadini francesi *pel tempo avvenire*, ma che per il *passato*, essa aveva lasciato sussistere in ogni punto l' antico stato di cose senza nulla aggiungervi, e che questo era ciocchè aveva prescritto l' art. 7 del trattato di riunione sanzionato con decreto de' 28 fiorile. Fu quindi che questa Corte, con decisione de' 4 agosto 1807, annullò la sen-

tenza dei primi giudici, e giudicò nulla e senza effetto l'iscrizione presa dal sig. Sellon in virtù dell'atto rogato a Ginevra.

Ben si vede che, secondo questa decisione, la questione in quanto alla interpetrazione del trattato di riunione, non era stata di molto approfondita. Trattavasi di esaminare se resultava da questa riunione che i titoli stipulati a Ginevra anteriormente alla medesima si dovessero o nò considerare come *autentici*: e se ricevuta una volta quest'autenticità, doveva rendersi o nò efficace almeno dalla data della riunione, o se in un simile ordine di cose dovevasi ravvisare una retroattività.

Sul ricorso fatto contro questa decisione, dietro lunga discussione nella camera del consiglio, essa venne cassata. Darò dell'idee bastanti sul decreto della Corte di cassazione col riportarne alcuni motivi.

« Considerando che per la conservazione delle ipoteche preesistenti e soprattutto quelle generali sopra beni presenti e futuri del debitore, nei luoghi in cui le antiche leggi le ammettevano, gli art. 37, 38 e 43 della legge di brumaio non hanno prescritto se non la loro iscrizione nelle forme e ne' termini che essi hanno stabiliti: — Che in virtù dell'atto notariale rogato a Ginevra, a' 24 agosto 1792, Montz ha promesso di restituire a Sellon la somma di 50,000 fr. *coll'obbligo de' suoi beni*; — Che questa clausola conferiva al creditore l'ipoteca generale sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore, secondo la penultima legge del Codice, *quae res pignori obligentur*; — Che se l'atto rogato a Ginevra, e la stipulazione che contiene, lecita e valida in sè stessa, era senz'effetto ed incompiuta onde produrre un' ipoteca sopra i beni presenti e futuri del debitore situati nell'antica Francia, *giacchè l'atto non aveva ancora, in quanto a questi beni, il carattere di autenticità necessaria onde produrre quest'effetto*; *un tale ostacolo è cessato dal momento in cui l'atto del quale si tratta ha dovuto considerarsi come autentico in Francia*, *tanto per effetto della riunione della repubblica di Ginevra alla Francia*, *quanto per gli art.* 1 *e* 7 *del trattato di riunione*; — Che interpetrando in tal guisa gli articoli, *non si fanno retroagire in pregiudizio de' diritti anteriormente acquistati dai convenuti* (*Tourton e Ravel*), *giacchè i loro titoli sono posteriori alla riunione*; — Che questa *interpetrazione* non tende ad alterare punto la convenzione delle parti, nè a dare ad essa una maggiore estensione, *giacchè l'atto rogato a Ginevra produceva ipoteca sopra i beni presenti e futuri del debitore*; — Donde ne siegue che decidendo, che l'atto de' 24 aprile 1792 non aveva potuto conferire ipoteca sopra la casa situata a Parigi, *a contare dal trattato di riunione dei due stati*, e

che in conseguenza l'attore (Sellon) non aveva potuto prendere iscrizione, la decisione denunciata ha violati gli art. 1 e 7 del trattato, e conseguentemente gli art. 37, 38 e 43 della legge di brumaio anno 7 ».

Si vedrà assai bene che questo decreto fu basato principalmente sull'esistenza del trattato di riunione de' 7 fiorile anno 6, e sull'interpretazione da darglisi; in guisa che può dirsi che se potevasi fare astrazione da questo trattato, e dalla sua interpetrazione, il decreto de' 18 termidoro anno 12 reso tra una famiglia francese ed una di Liegi; ed i motivi della decisione de' 21 novembre 1809, con i quali venne fatta un' eccezione ai principj precedentemente stabiliti, in virtù di particolari circostanze, sono una nuova conferma di un tal principio. Deggio osservare che la Corte di appello di Rouen, cui dalla Corte di Cassazione venne rinviata la causa, profferì una decisione nell'istesso senso, a' 28 giugno 1810. Vedi Denevers, anno 1809, pag. 518; ed anno 1810, pag. 141, al supp.

Ma bisogna riflettere ch' è possibile, che cause come quelle indicate in questo numero e nel precedente, presentino delle circostanze suscettibili dell'applicazione del decreto della Corte di cassazione, de' 19 aprile 1819, del quale parlai nel n.° 208; quale decreto ha apportato una modificazione importante alla giurisprudenza antecedentemente formatasi. In questo caso bisognerebbe combinare le conseguenze di questo decreto colle specie delle cause che potrebbero aver luogo, ed alle quali converrebbe farsene l' applicazione (1).

La separazione politica dei paesi riuniti alla Francia non deroga punto alle ipoteche acquistate durante la riunione.

220. Da ciò che si disse rilevasi, che le ipoteche le quali, nel tempo della riunione del paese straniero alla Francia, sono state acquistate e conservate sopra i beni respettivi de' due stati, deggiono avere tutto il loro effetto, anche dietro la separazione politica de' due paesi. Un' ipoteca, acquistata che si abbia una volta per effetto della legge, non può più essere distrutta da un fatto posteriore indipendente dalla volontà delle parti interessate. Quelchè si operò colla riunione, non può essere distrutto dalla

(1) Chi vuol sapere le varie epoche nelle quali i paesi stranieri furono riuniti alla Francia, e quelle della promulgazione delle leggi francesi fatte in tali luoghi, ciocchè farebbe conoscere in qual giorno la legislazione francese, e particolarmente il sistema ipotecario, fu ivi posto in vigore, potrà consultare all' oggetto il *Trattato dei privilegi e ipoteche* del sig. Favard, *tit.* 3, *pag.* 292, ove si troveranno nozioni molto utili sulla presente materia.

separazione. Si è già veduto secondo il principio generale, che la riunione non può avere effetto retroattivo; e vedesi anche che la separazione non debbe averne egualmente. La giustizia e l'interesse generale de'sudditi dei due stati, che furono prima riuniti e quindi separati, richieggono particolarmente l'applicazione del principio che allontana le retroattività, sempre odiose.

Questione dipendente da quanto si è detto.

221. Una questione analoga a quella trattata, e che coincide co'medesimi principj, trovasi in Sirey, tom. 18, par. 2, pag. 172, in una decisione profferita dalla Corte reale di Parigi de' 29 marzo 1817, che non è senza difficoltà. Questa decisione vertente tra la duchessa di Mortemart, e il marchese di Croza, stabilì che una decisione resa tra esse parti dalla Corte di appello di Genova, a' 20 luglio 1812, colla quale si conferma una sentenza del tribunale di prima istanza dell'istessa città, degli 11 giugno 1804, doveva aversi come intervenuta in un paese del tutto straniero alla Francia, ancorchè all'epoca dei 20 luglio 1812 la città di Genova ed il suo territoria si trovassero riuniti alla Francia, ed ancorchè la Corte reale di questa città fosse allora Corte francese, come tutte le altre. In conseguenza la decisione della Corte reale di Parigi, annullando la sentenza del tribunale di prima istanza della Senna, assolvè la duchessa di Mortemart dalle condanne rese contro di essa, rigettò la domanda del marchese di Croza, che aveva per oggetto di proseguire le incominciate procedure, salvo al medesimo il diritto di riprendere la causa, con una nuova azione avanti al tribunale francese competente. Le più grandi difficoltà si elevarono a motivo di questa decisione, la quale dispone che, per la riunione del Genovesato al Piemonte, la Corte di Genova è, rispetto alla Francia, un tribunale straniero le di cui sentenze non possono essere eseguite che coll'autorità dell'attual Sovrano, e soltanto sopra le terre del suo dominio; che il sistema del marchese di Croza, che procedeva all'esecuzione della decisione, tendeva a rovesciare intieramente il principio dell'indipendenza delle nazioni e del loro territorio.

È vero però che, dietro la decisione della Corte di appello di Genova, de' 20 luglio 1812, la Liguria divenne straniera alla Francia, dal momento della sua unione col Piemonte: ma essa non lo era a' 20 luglio 1812: quindi sembra resultare esser quella l'epoca che devesi riguardare per potersi determinare. Allora la Liguria faceva parte integrale

della Francia; i Liguri erano Francesi, al pari de' sudditi dell'antica Francia, senza punto fermarsi per la presente questione co' mezzi in forza de' quali la riunione della Liguria alla Francia erasi operata, mezzi che qui possono non calcolarsi. I Genovesi ed i Francesi erano sottoposti all'istesso governo, alle medesime leggi. Puffendorf, *diritto della natura e delle genti, lib. 7, cap.* 5, §. 17, dice che « *quando un regno diviene una provincia d'un altro, amendue non ne formano che un solo.* Da ciò si potrebbe conchiudere che le decisioni rese dalla Corte di Genova, in quell'epoca, tanto tra Genovesi quanto tra Genovesi e Francesi, debbono obbligargli tutti senza distinzione e che, se si volessero ritrattare queste decisioni, nell'istessa maniera di quelle profferite oggi in paesi stranieri relativamente alla Francia, sarebbe questo un dare alla riunione della Liguria al Piemonte una vera forza retroattiva; sarebbe un distruggere l'autorità della cosa giudicata, ed abbattere le fortune dei privati, che in buona fede hanno sottoposte le loro contestazioni a de' tribunali la cui competenza non poteva allora formare materia d'un dubbio.

La duchessa di Mortemart opponeva che la revisione della decisione doveva farsi come per una decisione profferita al presente in paese straniero, perchè la sentenza confermata era del 1804, cioè anteriore alla riunione della Liguria alla Francia. Ma una tal circostanza sembrava indifferente, giacchè il diritto acquistato risultava dalla decisione de' 20 luglio 1812, è perciò che, nella decisione della Corte reale di Parigi, non vedesi posto un tal motivo, fondandosi sul motivo che ogni decisione ed atto dei paesi stranieri non potevano avere esecuzione in Francia se non coll'autorità ed in nome del Re. Non v'ha, senza dubbio nulla di più vero; ed è questa una dottrina che tutt'i Francesi si faranno onore nel professarla. Ma (come fu detto nella sentenza del tribunale civile della Senna) l'ordine dato agli agenti diretti dell'esecuzione non può essere sottoposto alla conoscenza de' tribunali, se non per la contestazione che elevasi per i mezzi d'esecuzione, e non già per la conoscenza del merito della cosa giudicata.

Giova intanto osservare che, nel caso in questione, la signora di Mortemart si fondava su d'un decreto della Corte di cassazione de' 18 giugno 1815, reso dietro suo ricorso contro la decisione della Corte di Genova, in data de' 20 luglio 1812, e che la Corte di cassazione l'aveva rigettato dicendo: « attesochè il Genovesato era ormai straniero alla Francia ». Se la decisione della Corte di Genova, veniva detto dal canto della duchessa di Mortemart, fu posta dalla Corte di cassazione fuori delle attribu-

zioni della giurisdizione francese, non può dunque essere eseguita nell' estensione di questa giurisdizione.

Ma cosa può mai conchiudersi da siffatta circostanza? Non altro se non che dalla questione principale, ch'io tratto, ne sorge una incidentale ch'è senza dubbio imbarazzante e delicata. Quando vi sono delle decisioni rese da Corti di paesi ch'erano antecedentemente incorporati alla Francia, e che cessarono di esserlo, e contro le quali pendono ricorsi per nullità senza essersi sulle medesime ancora statuito, è question di sapere come questi ricorsi debbono esser decisi. Questa difficoltà è senza dubbio grave, e tale, che si direbbe che potrebb'essere risoluta se non da una legge su questo punto. Deesi inoltre convenire che questa difficoltà potea sospendere la decisione sulla domanda del marchese Croza. Ma ciò non è precisamente la questione da trattarsi. Supponiamo che alcune sentenze o decisioni rese da tribunali prima uniti alla Francia, ed in seguito da questa separati, abbiano fatto passaggio in cosa giudicata, e che non si possano impugnare per esser trascorsi i termini dell'appello o del ricorso: in tal caso queste sentenze o decisioni debbono o nò esser considerate, nello stato attuale, come se fossero state rese da tribunali stranieri? Ora, la Corte reale di Parigi decise per l'affermativa, e può facilmente conoscersi che il decreto della Corte di cassazione, de' 18 giugno 1815, venne profferito coll'istesso spirito. Ma questo è il caso di dubitare, essendosi la questione soprattutto ridotta ne'termini da me esposti. Ben si vede che la difficoltà si può presentare in quanto alle decisioni emanate da altre Corti che sono state per la Francia ciocchè furono per la Corte di Genova.

Riflessioni morali e politiche intorno alla legislazione relativa alla esecuzione in Francia delle sentenze rese in paese straniero fra un abitante di questo paese ed un Francese.

222. La legislazione sul modo di eseguire in Francia le sentenze emanate in paese straniero fra un abitante di questo paese ed un Francese, mi parve capace di utili riflessioni. Le ho rimesse qui, per non interrompere la esposizione che feci su i progressi della giurisprudenza in ordine a questa materia. Queste riflessioni per altro riguardano più il legislatore che i magistrati ed i giureconsulti.

Le diversità che si fanno vedere nella nostra legislazione all'oggetto, e di cui ho presentato il quadro, bastano per dimostrare che non si è sul retto sentiero. Un continuo cambiamento di posizione prova il desiderio di star

meglio. La disposizione dell'art. 121 dell'ordinanza del 1629, colla quale si accordava a' soli Francesi la facoltà della revision del giudicato, non essendo concepita che collo spirito di favorire l'interesse nazionale, offendeva le prime regole della giustizia. Quando doveasi riformare questa legislazione, ciocchè si è voluto fare coll'art. 2123 del Codice civile, si offrivano due sole vie. L'una era quella della stabilità assoluta ed indefinita delle sentenze rese in paese straniero, tra un Francese ed un cittadino di quel paese straniero; l'altra era la facoltà reciproca di domandare la revisione di questa sentenza. Si ha motivo da dire, secondo il decreto della Corte di cassazione, de' 19 aprile 1819, riportato nel n.° 208, che questo sistema di reciprocità è stato quello che ha adottato il Codice civile. È assai vero che si volle far dipendere dalle leggi politiche e da'trattati. Ma questo partito, come un mezzo-termine tra i due estremi menzionati, è puramente ipotetico, poichè è possibile che non vi sieno nè leggi politiche, nè trattati. La legislazione dunque è ridotta a questi termini, che bisogna seguire la reciprocità stabilita fra governo e governo dalle leggi politiche o da'trattati; ed ove non ve ne fossero, il diritto di domandare la revisione della sentenza, in Francia, è comune tanto allo straniero quanto al francese.

È impossibile di non iscorgere, nell'una e nell'altra delle due ultime misure, inconvenienti assai gravi. Per la prima, ch'è la reciprocità dei diritti politici accordata, fra governo e governo, a'sudditi di ciascuna potenza, l'esperienza ci fa conoscere che lo studio e la conoscenza delle leggi politiche e de' trattati presentano un campo coperto di spine e di scogli, che formano sovente la disperazione anche di uomini i più abili. Questi trattati s'intrecciano e si neutralizzano con condizioni e riserve che non è sempre agevole cosa di valutare e conoscere.

Per la seconda misura, circa la facoltà reciproca accordata a'Francesi ed agli stranieri che hanno litigato, di reclamare la revisione del giudicato in Francia, quando non vi sono leggi politiche o trattati co'quali regolarsi, è facile di sapere a quali inconvenienti si dà luogo. La posizione d'un Francese, costretto ad esercitare in paese straniero un'azione contra un cittadino di quell'istesso paese, è molto penosa. Egli agisce coll'idea che i mezzi da lui presi, e gli sforzi fatti per esporre e sostenere i suoi diritti saranno vani, qualunque sia il resultato della sua azione per i beni posseduti in Francia dal suo avversario. Vedesi con ciò una instabilità di sentenze che deve anche produrre un sovvertimento de'processi, sovente interminabili, per la difficoltà di procurarsi in un paese le

pruove acquistate in un altro. Quest'inconvenienti debbono fissare l'attenzione del governo.

Si è naturalmente portato a desiderare una legislazione che facesse sparire il sistema della reciprocità nell'osservare le leggi politiche ed i trattati, e quello della reciproca facoltà di destinare i tribunali di Francia per la revisione della sentenza; una legislazione il di cui resultato sarebbe la perfetta stabilità ed irrevocabilità de' giudicati resi in paese straniero, considerati almeno come obbligazioni. Difatti si vede bene che, relativamente all'ipoteca ed alla forza esecutiva in Francia, vi sarebbero delle misure da prendere, ma si sa quanto tali misure diverrebbero semplici su questo rapporto, e quanto sarebbero limitate ne' loro effetti e nella loro esecuzione. La forza della cosa giudicata sussisterebbe sempre. Appigliandosi al partito da me indicato, sarebbe lo stesso che entrare in vedute di morale, di politica e di diritto pubblico.

Sulle prime, non debbonsi considerare sotto all'istesso punto di vista le decisioni de'tribunali stranieri, e gli atti ch'emanano direttamente da una potenza straniera. L'esecuzione di ordini, o atti di autorità arbitraria per parte d'un monarca su d'un territorio sottoposto ad un altro monarca, e contra la volontà di questo secondo, sarebbe evidentemente intollerabile, e si dovrebbe quindi respingere con tutt'i mezzi che sono in potere de' monarchi. Ma le decisioni de'tribunali stranieri legalmente istituiti, regolarmente profferite, hanno un carattere ben diverso agli occhi de' monarchi e delle nazioni. Un magistrato che portava la parola in occasione d'una delle decisioni da me citate, diceva giudiziosamente: » Come varia la politica da uno stato ad un altro, così proporzionatamente diviene la giustizia immutabile. Ovunque essa non proponesi altr'oggetto che lo stabilimento dell'ordine, il rispetto delle convenzioni, la repressione della frode, ed il rendere a ciascuno ciocch'è suo; mentre che la politica non consulta che l'interesse, la giustizia non ammette nella sua bilancia se non quel che la ragione approva. La misura della differenza ch'esiste fra l'una e l'altra consiste tutta nella profondità dell'abisso che separa la *forza* dalla *giustizia*. È dunque nella natura delle cose, che l'autorità assoluta ecciti una certa repugnanza, quandochè la giustizia conciliasi ovunque il rispetto e la sommissione; ed ecco perchè gli atti di autorità d'una potenza non sono tollerati nel territorio di un'altra, mentre le opere della giustizia, segnate col suggello della saviezza, scorrono la terra senza incontrare ostacoli ».

D'altronde, tutti gl'individui non sono forse egualmente sottoposti ai

tribunali stabiliti in paese ov' essi riseggono? Si può ivi richiamare alla memoria il principio insegnato da Loiseau, *Trattato delle famiglie sovrane*, cap. 2, num. 40: « Il suddito naturale di un monarca, dice questo scrittore, andando a risedere fuori del suo dominio, non può esser più giudicato da lui, giacchè la giustizia e le regalie seguono il territorio *ed il domicilio delle persone* ». Questo principio è adottato da De Real, *Scienza del governo*, tom. 5, pag. 164. Grozio, *Diritto della guerra e della pace*, lib. 2, cap. 11, §. 4, n.° 4, il quale dice che i regolamenti dipendenti da leggi civili d'un paese, hanno il loro effetto anche negli affari che si fanno *fra uno straniero ed un cittadino*, quandochè chiunque tratta nel dominio d'un altro stato, è obbligato, *come suddito temporaneo di questo stato*, di sottomettersi alle leggi del paese. Ma quelch'è più rimarchevole si è, che questi principj sono confermati da Montesquieu, *Spirito delle Leggi*, lib. 22, cap. 21, ov' egli spiega ciocchè dipende dalle leggi politiche e quello che deriva dal diritto delle genti: « Le leggi politiche, dice questo illustre pubblicista, vogliono che ogni uomo sia soggetto a'tribunali criminali e *civili del paese nel quale dimora*, e alla riprensione del sovrano ». Il timore, che uno stato di guerra il quale potesse sopraggiungere tra la Francia e la nazione presso della quale un Francese sarebbe obbligato a litigare, non producesse passioni nocive alla amministrazione della giustizia, che ha per principal base la imparzialità, questo timore, dico, più chimerico che reale, non può giustificare uno stato di cose, di cui l'effetto il più certo è quello di eternare la lite che un Francese avrà con uno straniero. La guerra tra nazione e nazione altera di rado l'imparzialità dei veri magistrati, e degli uomini onesti, quando è question di pronunziare su controversie che si agitano fra sudditi di potenze belligeranti. I sovrani istessi hanno dati luminosi esempj, quando gl' interessi del tesoro pubblico erano in lotta cogl' interessi privati dei sudditi di quelle potenze colle quali erano in istato di guerra.

Che non si abbia voluto permettere agli stranieri di raccogliere in Francia l'eredità dei loro parenti, o quello ch'è stato loro lasciato con testamento o con donazione, se non quando, secondo i trattati politici fra governo e governo, il Francese che si trovasse nell'istessa circostanza avesse i medesimi vantaggi nell' estero, è agevole l'intenderlo. È questione di *diritti civili* assai più importanti d'interessi puramente personali; è questione dell'interesse d'uno stato sul quale la politica deve particolarmente invigilare. Uno Stato il quale permettesse che gli stranieri si arricchissero con i beni e capitali presi dal suo seno, e trasportati, o in natura o in

valori nel paese straniero, proverebbe un evidente pregiudizio, se reciprocamente, i suoi cittadini non avessero i medesimi vantaggi trovandosi nelle stesse circostanze, nel paese straniero che si presenterebbero per raccogliere, sia qualche eredità, o pure delle disposizioni a titolo gratuito.

Ma si possono questi principj applicare quando è questione della stabilità delle sentenze rese in paese straniero fra un abitante di questi paesi ed un Francese? Vi sono forse i medesimi motivi? Non è questo un ordine di cose ben differente?

Della riduzione dell'ipoteca giudiciale.

223. Per seguire l'ordine prefissomi onde spiegarmi sulla riduzione di ciascuna ipoteca, dopo aver di esse trattato, debbo al presente dire qualche cosa intorno alla riduzione dell'ipoteca giudiciale.

La riduzione può essere domandata dal debitore: è questo quanto dice l'art. 2161 del Codice civile. Questo articolo accorda un tal diritto tutte le volte che il creditore abbia la facoltà di prendere iscrizione sopra i beni presenti e futuri del debitore, senza che verun patto abbia limitato questo diritto. Ora questa facoltà è inerente alla ipoteca giudiciale. Gli articoli seguenti prescrivono le forme da seguirsi onde far ordinare la riduzione, come per tutti gli altri casi in cui essa deve aver luogo.

Ma si può domandare la riduzione per le ipoteche giudiciali antiche? La negativa è fuori d'ogni dubbio. Nel numero 189 io dissi che la riduzione non si potrebbe domandare per le antiche ipoteche convenzionali, le quali erano generali; ed avvi la medesima ragione per le ipoteche giudiciali. La sentenza stabilisce a favore del creditore il medesimo diritto della convenzione. L'ipoteca segue in quanto a' suoi effetti la legislazione sotto il cui impero essa viene stabilita.

CAPITOLO TERZO

DELLE IPOTECHE LEGALI

SOMMARIO.

224. *Definizione dell'ipoteca legale. Idee generali sopra i casi nei quali essa ha luogo.*

224. L'art. 2117 del Codice civile dispone che l'ipoteca legale è quella che deriva dalla legge: ne viene la conseguenza che, acciò l'ipoteca tacita o legale esista, non è necessario nè la stipulazione, nè la sentenza di condanna. Neguzanzio, *de pign. et hypot.* 1 *memb.*, 2 *par.*, *n.* 1 ne ha data una definizione esatta. *Et primo proemitte, quod tacita hypotheca dicitur, illa quae est introducta ex dispositione legis seu statuti, a partibus non expressa.*

Vi sono marcabili conseguenze fra la legislazione antica e la nuova per le ipoteche legali. Questa differenza prende la sua origine dal principio della pubblicità dell'ipoteca. L'interesse de' terzi esigendo questa pubblicità, che, in questo rapporto, è divenuta d'interesse pubblico, conveniva restringere, per quanto era possibile, i casi nei quali uno si sarebbe dispensato dal rendere pubblica l'ipoteca. Così, sotto l'antica legislazione, l'ipoteca legale esisteva tanto a favore delle donne maritate sopra i beni de'loro mariti, de' minori e degl'interdetti sopra i beni dei loro tutori e curatori obbligati a render conto, quanto in favore dei legatarj sopra i beni del defunto, e de' condividenti onde uguagliare le quote ereditarie. La medesima ipoteca legale accordavasi parimente contro di taluni amministratori contabili, ed uffiziali rivestiti di pubbliche cariche, per la sicurezza delle parti interessate, a causa delle colpe, o prevaricazioni commesse nell'esercizio delle loro funzioni. Essa era ammessa per i danni-interessi, resultante da colpe o delitti. Può vedersi l'enumerazione di tutt'i casi nei quali questa specie d'ipoteca legale aveva luogo nel *Trattato della vendita degl'immobili* di D'Héricourt, cap. 11, sez. 2, num. 19 a 28. Basnage ne ha parlato in parecchi luoghi. Il diritto romano ammettea parimente la ipoteca tacita o legale in molti altri casi particolari; ma le sue disposi-

zioni all'oggetto si eseguivano soltanto dove le leggi e gli statuti vi erano conformi, o dove eravi una costante giurisprudenza delle Corti. Avrò occasione di parlarne in appresso.

Non è già che l'attual nostra legislazione non abbia ammesse talune di queste ipoteche legali, come quelle per i legati e per saldi delle quote ereditarie. Ma secondo gli art. 2109 e 2111 del Codice civile, i diritti relativi a questi due oggetti sono privilegj anzichè ipoteche legali. Avvi una differenza nell'origine de'diritti e nelle regole con cui si debbono conservare. Ne parlerò nel capitolo de'privilegj. Il tesoro pubblico ha egualmente ad un tempo e privilegj ed ipoteche legali. Ben si vede che ciascun soggetto dev'essere trattato a suo luogo.

Eravi anche un'ipoteca legale a favore degli assenti contra gli amministratori dei loro beni. Questa giurisprudenza era stata anche ammessa, ed aveva ricevuta forza di legge dall'art. 21 della legge degli 11 brumaio anno 7. Ma nella nuova legislazione quest'ipoteca legale è scomparsa. La ragione trovasi nella differenza della presente legislazione in ordine all'antica Se combinansi molti articoli del Codice civile relativi all'*assenza*, e soprattutto gli art. 120, 125 e 127, si scorgerà che la legge, stabilendo in varj casi la necessità di dar cauzione, ha pur troppo provveduto alla sicurezza delle restituzioni che si dovrebbero fare agli assenti. D'altronde queste restituzioni sono sovente subordinate a condizioni, che verificandosi fanno sparire l'obbligo di restituire. Finalmente era di grande importanza limitare il numero delle ipoteche legali. Non è inutile rimarcare che il diritto romano dal quale hanno origine le ipoteche tacite o legali, facea una differenza per i privilegj fra gli assenti, come pure fra quelli che erano stati fatti prigionieri di guerra presso il nemico, e i minori e gl' interdetti. Può all'oggetto vedersi la legge 22, ff. *de reb. auct. jud. poss.*

Se si fa attenzione allo spirito della nostra legislazione sulle ipoteche legali, si resterà convinti che tale specie d'ipoteca non venne propriamente ammessa se non per le gestioni ed amministrazioni soggette a contabilità, la di cui esistenza era necessaria, per l'interesse della società. Pel rimanente ha piuttosto il carattere di crediti non ordinarj, i quali, secondo il maggiore o minore interesse che meritavano, hanno ottenuto nel pensiero del legislatore un privilegio ed un favore più o meno forte. Questa è l'idea che presenta l'art. 2121 del Codice civile. « I diritti ed i crediti, ai quali è attribuita l'ipotea legale, sono quelli delle donne maritate sopra i beni de'loro mariti; quelli de'minori e degl'interdetti sopra i beni dei

loro tutori; quelli dello stato, de' comuni e degli stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori contabili ». Ecco le tre specie d'ipoteche legali, propriamente dette, stabilite dal Codice. Esse sono sempre legali quantunque i mezzi con i quali conservansi, variano a seconda delle forme della iscrizione e relativamente alla necessità o non necessità dell'iscrizione istessa. Bisogna guardarsi dal non incorrere in alcun equivoco che avesse per oggetto di moltiplicare il numero delle ipoteche legali. Fa duopo limitarle a' soli fatti a' quali la legge gli applicò, ed alle sole persone contra ed in favore delle quali furono stabilite. Quindi ne avviene che i minori, le donne maritate, lo stato, i comuni, i pubblici stabilimenti, a fronte di tutte le altre persone diverse da quelle indicate in quest'articolo, sarebbero sottoposte alle leggi generali in materia di ipoteche.

Tratterò delle ipoteche legali secondo l'ordine dell'art. 2121 del Codice civile.

Dividerò ciocchè deggio dire in tre sezioni.

1.ª Tratterò dell'ipoteca legale delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti;

2.ª Dell'ipoteca legale de' minori e degl'interdetti sopra i beni dei loro tutori.

3.ª Dell'ipoteche legali dello stato, comuni, e pubblici stabilimenti sopra i beni degli esattori ed amministratori contabili.

SEZIONE PRIMA.

DELL'IPOTECA LEGALE O TACITA DELLE DONNE MARITATE SU I BENI DE' LORO MARITI.

PARAGRAFO I.

PRINCIPJ GENERALI INTORNO A QUESTA MATERIA.

SOMMARIO

225. *Principj del diritto romano sull' ipotea legale.*

226. *Affinità della legalità dell' ipoteca coll' inalienabilità de' beni dotali.*

227. *Principj del Codice civile relativi all' ipoteca legale delle mogli. Motivi per i quali quest' ipoteca non è soggetta alla iscrizione.*

228. *Esame delle ragioni che si possono opporre alla restrizione fatta in certi casi della esenzione d' iscrizione dell' ipoteca legale.*

229. *Motivi per i quali conviene far iscrivere l' ipoteca legale. Essa dev'esserlo per le repetizioni stradotali.*

230. *Decisione recente d' una Corte reale, che decide anche la questione con una circostanza particolare.*

231. *Osservazione sugl' interessi dotali, e sulle spese per la domanda di separazione di beni.*

232. *Qual' è mai l' ipoteca che può avere la moglie su i beni del marito per i suoi diritti stradotali? Quale n' è la natura? Quale ne è l' epoca?*

233. *Dell' epoca dell' ipoteca della moglie per i capitali dotali, ricevuti dal marito durante il matrimonio.*

234. *Delle difficoltà elevatesi anticamente, e che possono insorgere ancora sulla necessità dell' autenticità delle quietanze di dote.*

235. *Modificazioni dell' ipoteca legale relativamente alle mogli dei falliti.*

236. *Questioni importanti circa l' art. 2135 in rapporto alla retroattività, respettivamente a' terzi, ed alla donna maritata prima del Codice civile.*

237. *Prima questione. Spiegazione dell' ultima parte dell' art. 2135.*

238. *Seconda questione. Effetto dell'art. 2135 relativamente alle donne maritate prima della promulgazione del Codice civile.*

239. *Come decidersi in taluni casi, quando la legge, sotto il cui impero la donna si è maritata, fissa l' ipoteca in un modo diverso da quello dell' art. 2135 del Codice civile.*

240. *Quando la moglie si obbliga con suo marito, dopo il Codice civile, la sua ipoteca, per la sua indennità, viene ella regolata dal Codice, o dalla legge in vigore al tempo del matrimonio?*

241. *L' ipoteca pel rinvestimento del prezzo de' beni della moglie, alienati vigente il codice civile, si regola essa coll' art. 2153, o pure colla legge che era in vigore al tempo del matrimonio?*

242. *Per successioni aperte, o per donazioni fatte vigente il Codice civile, la moglie ha ella ipoteca dal giorno del matrimonio, se questo risultasse dalla legge allora in vigore, oppure a contare soltanto dall' epoca stabilita dall' art. 2135?*

243. *L' ipoteca legale ha luogo forse dal giorno dell' atto notariale che constata le convenzioni civili, o da quello dell' atto dello stato civile fatto*

per il matrimonio? Del caso in cui non vi è alcun atto che stabilisca le convenzioni civili.

244. *Due casi ne' quali la facoltà di non prendere iscrizione, per l'ipoteca legale, cessa col titolo di sposa.*

245. *Terzo caso in cui, venendo a cessare il titolo di sposa, dovrebbe cessare egualmente la esenzione dall'obbligo d'iscrivere.*

246. *Dell'effetto che debbono avere in Francia i contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, per quanto concerne l'ipoteca.*

247. *Distinzioni da farsi a questo riguardo.*

248. *L'ipoteca legale non può essere esercitata su tutt'i beni del marito, ed anche sopra quelli acquistati sotto la comunione, e quindi rivenduti.*

249. *La purgazione dell'ipoteca legale è una precauzione importante per qualsivoglia acquirente.*

250. *Altri punti di vista sotto i quali la purgazione dell'ipoteca legale è necessaria.*

251. *De' rischi che corre colui il quale presta ad una persona, i cui beni sono gravati da ipoteche legali, anche quando sembra solvibilissimo.*

252. *Delle obbligazioni della donna maritata. Ella può sotto il regime della comunione consentire alla radiazione delle iscrizioni da lei prese sopra i beni del marito.*

253. *Il timore dell'esercizio dell'ipoteca legale della moglie non può servire di base ad un'iscrizione presa sopra i suoi beni, quando ella medesima sarebbe mallevadrice dell'esercizio della sua ipoteca: in questo caso essa può domandarne la radiazione.*

254. *Della semplice obbligazione contratta dalla moglie.*

255. *Della surroga fatta dalla moglie alla sua ipoteca dotale.*

256. *Vi sono due specie di surroga: l'una espressa, e l'altra tacita.*

257. *Osservazioni relative alla preferenza accordata alla surroga sulla semplice obbligazione.*

258. *Regole da seguirsi nel caso della vendita consentita solidalmente dalla moglie e dal marito.*

259. *Perchè i creditori della moglie potessero riscuotere le somme per le quali fu essa collocata, è necessario che ella sia separata di beni?*

260. *Avendo il marito venduti i fondi dotali della moglie sotto il regime dotale, può questa reclamarne il prezzo contra i creditori del marito, senza rivendicare i suoi beni venduti? Può ella esercitare le sue*

azioni dotali mercè la collocazione, vivente il marito, e senza essere separata di beni?

261. *Di alcune questioni dipendenti dalla conciliazione dell' antica colla nuova legislazione, rispetto alle obbligazioni delle donne maritate.*

262. *Del caso in cui lo statuto reale era in opposizione collo statuto personale, e del caso in cui può attualmente dirsi che uno statuto reale sia abolito.*

263. *Dell' ipoteca legale nei casi di riversione convenzionale, e di una disposizione col peso di restituire i beni.*

Principj del diritto romano sull' ipoteca legale.

225. È questa una materia di tanta importanza, che per ben trattarla bisogna che si faccia metodicamente. Onde potersene ben penetrare fa uopo rimontare a' principj del diritto romano.

La legalità dell' ipoteca delle donne sopra i beni dei loro mariti non era nota quando vigevano le leggi del digesto: essa è figlia della legge unica al Codice *de rei uxor. act.*, la quale venne ammessa in Francia. Questa legge accordava tale ipoteca senza la necessità d' una espressa stipulazione; talchè essa esisteva tacitamente, e pel solo effetto della legge, a contare dal giorno del matrimonio. La medesima ipoteca avea luogo, e dall' istessa data, per le convenzioni matrimoniali, note nel diritto romano, prima sotto il nome di *donatio ante nuptias*, ed in seguito sotto quello di *propter nuptias*, come leggesi nelle Istituzioni, §. 3, *de donat.* Le cause di un tal cambiamento di denominazioni sono ivi spiegate. Nel diritto romano fu permesso di aumentare la dote dopo del matrimonio; ma per un tal aumento, come per quello della donazione a causa di matrimonio, che poteasi egualmente fare, la legge 19 al Codice *de donat. ant. nupt. vel. prop. nupt.*, non accordò l' ipoteca che a contare dalla loro data.

Ma l' imperator Giustiniano andò più oltre colla legge *Assiduis*, al Codice, *qui pot. in pign.* Egli, fondandosi su ragionamenti degni più di un retore, anzichè d' un legislatore, volle che l' ipoteca legale, almeno per la dote, fosse preferita alle ipoteche di tutti i creditori del marito, anteriori al matrimonio, anche se fossero stati privilegiati. Ciò che diede occasione a Pothier, di dire, *Pandec.*, di questa legge: *Sane iniqua prorsus, et a juris principiis absonas, haec lex merito dicetur.* Mornac ne parla con indignazione sulla legge 16 ff. *de leg. et senat.* Ciocchè può dirsi in difesa si

è che leggesi nella legge 20 dello stesso titolo, *non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddi potest.* Questa legge, per quel che concerne l'anteriorità dell'ipoteca, non è stata generalmente rigettata in Francia; essa venne seguita soltanto nella giurisdizione del parlamento di Tolosa, e con numerose modificazioni introdotte dalla giurisprudenza di questo istesso parlamento. Serres, *Istituzione al diritto francese*, 569 e 570, le spiega con molta precisione. L'essenziale è la facoltà che competeva ad ogni creditore ipotecario, anteriore al matrimonio, di conservare la sua ipoteca dalla sua data, a preferenza di quella della donna maritata, denunziando a questa il suo credito con ipoteca quando era stata promessa in isposa, e prima della celebrazione del matrimonio. In fine, è per far del tutto sparire le orme d'una legislazione tanto straordinaria, che nell'art. 1572 del Codice civile si prescrive: « La moglie ed i suoi eredi non godono di alcun privilegio per la ripetizione della dote sopra i creditori ipotecarj anteriori alla medesima ».

Affinità della legalità dell'ipoteca coll'inalienabilità de' beni dotali.

226. La legalità dell'ipoteca per i diritti mobiliari dotali della moglie sopra i beni del marito avea molta affinità colla inalienabilità de' di lei beni immobili, che avevano il medesimo carattere di dotali; e perciò l'una condusse all'altra. Amendue avevano per oggetto la conservazione delle doti, e di premunire le mogli contro le misure che i mariti potrebbero prendere onde spogliarle de' loro beni, per arricchirsi essi istessi. La legge *Julia*, che comparve sotto Augusto, e nota soltanto perchè menzionata in una moltitudine di leggi indicate da Dionisio Goffredo sopra la legge unica, al Codice, *de rei ux.* §. 15 (nota B), non proibiva alla moglie in un modo assoluto l'alienazione de' beni dotali. Ma la loro inalienabilità e la proibizione d'ipotecarli durante il matrimonio, vennero determinate in un modo preciso da questa istessa legge del Codice. Penetrandosi dell'antica legislazione romana, si vede che l'inalienabilità de'beni dotali, e la impossibilità di poterli ipotecare per parte della moglie erano fondate sopra il principio che il marito era padrone della dote; ch'egli ne avea per legge il godimento, e che la moglie non poteva privarlo di questo diritto. Ma se si segue il progresso di questa istessa legislazione, si resterà convinto che, nel nuovo diritto romano, la moglie venne posta in uno stato d'interdizione pel solo di lei vantaggio, *ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam.* Dietro le orme ed i mo-

tivi dell'antico diritto, erasi qualche volta preteso che la nullità della vendita del fondo dotale o dell'ipoteca, che ci veniva imposta, era pel solo marito a cui essa non potea recare alcun pregiudizio, quando non era più questione dell'interesse del marito, come se egli fosse già trapassato, quando la moglie non poteva disporre del fondo dotale, a fronte de' terzi con i quali essa aveva contrattato. Ma questa pretensione, contraria alle leggi relative a questa materia, sanamente intese, è stata rigettata da molte decisioni, e sopratutto da una delle più osservabili all'oggetto resa dal parlamento di Tolosa, a'2 gennaio 1637, riportata da D'Olive, *Quest. not.* lib. 3, cap. 29. I decisionisti ne riportano delle altre consimili profferite da varj parlamenti di paesi di diritto scritto. Fu anche questo il senso dato a'principj del diritto romano dagli statuti che li ammisero. La nullità delle disposizioni de'beni dotali durante il matrimonio, con vendita od ipoteca, fatte col consenso o dissenso della moglie, venne indistintamente pronunziata. Ecco quanto con più particolarità osservasi nello statuto d'Auvergne ch'è nel numero di quegli statuti, tit. 14, art. 3.

Nella legislazione francese gli stessi principj sono seguitati sotto il regime dotale. Non può dirsi lo stesso sotto il regime della comunione. Questo regime porta seco più particolarmente l'idea d'una società fra gli sposi in ordine alla loro fortuna ed alla loro industria: mentre nel regime dotale non si ha idea di qualunque società: la moglie sotto questo rapporto non gode tutti i vantaggi d'un socio. Quindi il principio dell'inalienabilità del fondo dotale non viene del tutto osservato nel regime della comunione, giacchè in questo fondo dotale si puol vendere col consenso del marito. Sotto il regime della comunione la fortuna della moglie può essere aumentata, e sotto il regime dotale i beni della moglie restano tuttavia gli stessi: ma ricevono da questo regime più sicuri mezzi di conservazione.

Principj del Codice civile relativi all'ipoteca legale delle mogli. Motivi per i quali quest'ipoteca legale non è soggetta alla iscrizione.

227. Il Codice civile adottò principj, sotto molti rapporti, assai diversi da quelli del diritto romano, per la legalità dell'ipoteca delle mogli. Questa differenza deriva per la maggior parte dal sistema della pubblicità della ipoteca ammesso nella nostra legislazione. Convenne conciliare, per questa legalità, il favore dovuto alla moglie onde conservare i suoi diritti, coll'interesse de' terzi che avrebbero contrattato col marito. Un esame del tutto parti-

colare è indispensabile onde formarsi una chiara idea di questa importante parte della nostra legislazione.

Primieramente l'art. 2121 del Codice civile prescrive: « I diritti ed i crediti a' quali è attribuita l'ipoteca legale, sono quelli delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti; quelli de' minori ed interdetti, ec. ». L'art. 2122 che lo segue, dice che il creditore, cui compete l'ipoteca legale, può esercitar la sua ragione sopra tutti gli immobili spettanti al debitore, e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire e soggiunge: « Colle modificazioni che appresso si diranno ».

Qual'è la prima conseguenza da desumersi dall'art. 2121. Essa si è che la moglie per tutti i suoi diritti su i beni del marito gode un'ipoteca legale, cioè, un'ipoteca indipendente dalla convenzionale e dalla giudiciale. Ma nel tempo istesso che la legge accorda questa legalità d' ipoteca per tutti i diritti della moglie, essa fonda una grande differenza fra questi diritti secondo la loro natura e secondo la necessità di farli conoscere a'terzi che contrattano col marito, per quanto è possibile. Dopo di avere coll' art. 2134 sottoposte tutte le ipoteche legali, giudiciali e convenzionali all' iscrizione, a contare dalla quale le ipoteche prendono il loro grado, coll'art. 3135 si fanno dell' eccezioni a questa regola generale. La prima è a favore de' minori ed interdetti su i beni de'loro tutori, la quale esiste indipendentemente da qualunque iscrizione dal giorno in cui fu accettata la tutela. La seconda eccezione è a favore delle mogli, indipendentemente tutttavia da qualunque iscrizione. Ma all' uopo, la legge divide le sue disposizioni e per gli oggetti pei quali l'ipoteca legale deve aver luogo, e per le epoche alle quali l'ipoteca deve rimontare per questi diversi oggetti. Talchè tutti i diritti delle mogli godono egualmente il beneficio della legalità dell'ipoteca: ma malgrado quest' ipoteca legale, non tutti godono egualmente il beneficio di andare esenti dalla formalità dell' iscrizione. Una cosa è la semplice legalità dell' ipoteca, ed un'altra è l'esenzione dall'iscrizione di questa istessa ipoteca. Ecco quanto fa duopo discernere per l'esatta conoscenza della legge. È essenziale conoscere che il sopraddetto art. 2135, per quel che riguarda le mogli, decsi applicare distributivamente a'matrimonj contrattati col regime dotale, ed a quelli contrattati col regime della comunione, in tutte quelle parti nelle quali può farsene l' applicazione. Bisogna anche far attenzione, attese le considerevoli differenze poste dalla legge tra amendue queste regole, che il regime della comunione ha luogo di diritto, in mancanza di qualunque convenzione contraria, art. 1393; e negli art. 1391, e 1392 si possono vedere quali sono le clausole la di cui stipulazione è necessaria nel

contratto di matrimonio onde gli sposi si stimino maritati sotto un regime, o sotto d'un altro. Bisogna anche ravvicinare a questi due articoli, gli art. 1540 e 1541. L'art. 1540: « La dote sotto questo regime (dotale) parimente che sotto quello del capitolo II (regime della comunione), consiste nei beni che la moglie porta al marito per sostenere i pesi del matrimonio ». L'art. 1541: « Tutto ciò che la donna si costituisce in dote, o che le vien donato nel contratto di matrimonio, è dotale, se non vi è stipulazione in contrario ». Amendne questi articoli sono comuni ad ogni regime: quindi quanto la donna si costituisce in dote, o le vien donato nel contratto di matrimonio, è dotale per diritto, se non vi è stipulazione in contrario ».

Dopo queste osservazioni preliminari passiamo alle distinzioni contenute nell'art. 2135. L'ipoteca esente da ogni iscrizione ha luogo a contare dal giorno del contratto di matrimonio, per la dote e per le convenzioni matrimoniali; la ipoteca, sempre esente dall'iscrizione, ha luogo a contare da epoche differenti, ma posteriori al dì del matrimonio, per altri diritti. Questi diritti sono le somme dotali provenienti o dall'eredità avutasi dalla moglie o dalle donazioni fattele durante il matrimonio. L'ipoteca per questi oggetti non principia che dal dì dell'aperta successione, o da quello in cui le donazioni ebbero il loro effetto. La donna inoltre gode un'ipoteca legale, esente egualmente dall'iscrizione, per l'indennità de'debiti da essa contratti con suo marito, e pel rimpiego de'suoi proprj beni alienati, ma a contare dal giorno della obbligazione o della vendita.

Ecco dunque tre specie di oggetti per i quali l'ipoteca legale ha luogo a benificio della moglie, senza l'obbligo dell'iscrizione, salvo la diversità dell'epoche. Essi sono, 1.° la dote e le convenzioni matrimoniali; 2.° i diritti per successioni ad essa deferite o per donazioni fattele; 3.° le ripetizioni per indenuità de' debiti contratti col marito e pel rimpiego del prezzo dei proprj beni alienati.

Per *convenzioni matrimoniali* s'intesero sempre le donazioni fatte dal marito alla moglie, nel contratto di matrimouio, alle quali questa ha diritto in caso di morte del marito, e sua sopravvivenza. Queste donazioni consistevano in un assegnamento in denaro nell'antiparte che aveva sempre luogo; soprattutto nel regime della comunione, vitalizj, sopravvivenze ed altre disposizioni di simil natura. La legge ha sempre accordato a questi diritti, come per la dote, il medesimo favore dell'ipoteca legale sopra i beni presenti e futuri del marito. Questi diritti non possono esercitarsi durante il matrimonio; essi non sono certi, e non avvi verun'azione per esperimentarli vivente il marito. Un'azione dal canto della moglie sarebbe

poco decente, potrebb'esser causa di dissenzione tra' due sposi; e farebbe concepire l'idea del desiderio per parte della moglie di sopravvivere suo marito: ciocchè le leggi romane esprimevano ne'seguenti termini; *malum augurari.* Quindi l'art. 32 dell'editto del 1771 dispensava le mogli dall'opposizione, che allora faceva le veci dell'iscrizione, alle lettere di ratifica che erano prese sopra le vendite de' beni dei loro mariti; *a causa degli assegnamenti non ancora verificati*; e la giurisprudenza avea estesa questa disposizione all'aumento della dote, ed a' diritti di sopravvivenza che erano in uso ne'paesi di diritto scritto, e in alcuni paesi consuetudinarj, ove non conoscevasi la parola *assegnamento.* Si è del pari veduto che Giustiniano, con la legge *assiduis*, accordò alle donne l'ipoteca tacita o legale, non solo per le loro doti, ma ancora per le donazioni a causa di matrimonio, *donationes ante nuptias* ovvero *propter nuptias*: ciocchè formava una donazione fatta alla moglie, *sponsalita largitas.*

Non si potrebbe riguardare come vocabolario della legge che dovrebbe servire per la spiegazione delle parole e *convenzioni matrimoniali*, gli stessi termini di quelli impiegati nell'art. 1394 del Codice civile, ove si prescrive: « *Tutte le convenzioni matrimoniali* saranno formate con atto innanzi notaro, prima del matrimonio ». Ben si vede che qui parlasi di convenzioni che formavano un tutto, noto volgarmente sotto il nome di *contratto di matrimonio*, mentre nel senso dell'art. 2135, si tratta d'una parte esclusiva delle convenzioni che sono indipendenti dalla dote, e che dinotano i vantaggi fatti alla moglie.

Quando il legislatore impiegò il vocabolo *dote*, lo fece in un senso generico e suscettibile di essese applicato ad amendue i regimi. Chiamasi più particolarmente *dote* sotto il regime dotale, giacchè sotto questo regime quanto la donna porta seco è sua dote; ed è precisamente questa dote quella che essa può farsi restituire in taluni casi determinati dalla legge. Se essa, oltre la sua dote ed i suoi beni dotali, ne ha altri, questi formano nna specie particolare di beni che restano a di lei disposizione, secondo le clausole particolari dell'atto col quale vengono regolate le convenzioni matrimoniali. La facoltà di stipulare questi riservi a suo favore le viene accordata dall'art. 1542. Tal'è il resultato degli art. 1542 e 1574. Ma sotto nome di *dote* si comprendono anche i beni dotali della donna maritata col regime della comunione. La dote sotto questo regime è assai più complicata di quello che lo sia sotto il regime dotale, come bentosto spiegherò. Ma è sempre vero che la donna è dotata in amendue i regimi, salve le modificazioni particolari di ciascun di essi risultanti dalle convenzioni matrimoniali permesse dalla legge.

Pel secondo oggetto, enunciato nell' art. 2135 del Codice civile, consistente ne' diritti della moglie per i capitali che provengono da eredità a lei deferite, o da donazioni a lei fatte, questi diritti possono esistere sotto qualunque regime. Per la terza specie poi di diritti relativi all' indennità dei debiti da lei contratti col marito ed al rimpiego del prezzo de' proprj beni alienati, per poco che si sappiano i principj del regime della comunione, si conosce che questi diritti sono principalmente relativi a siffatta regola, che dal legislatore si prese in considerazione nell' indicato articolo, come del pari il regime dotale.

È utile intanto osservare, perchè si possano valutare i motivi della legge relativamente alla fissazione dell'ipoteca della moglie, per queste due ultime specie di diritti, che all' oggetto eravi fra gli antichi parlamenti del regno una grande varietà di giurisprudenza. Gli uni seguivano i principj che fecero posteriormente parte del Codice civile, gli altri facevano rimontare l' ipoteca al giorno del matrimonio. Si può su tal riguardo consultare Mornac, sopra la legge 9, ff. *qui pot.*, e D' Héricourt *della vendita degli immobili*, cap. 11, sez. 2, n.° 21. Ma quest'ultima giurisprudenza, contraria a'principj del Codice civile, presentava abusi tali, che faceva maraviglia come avesse potuto preservarvisi. Qualunque clausola potesse il contratto di matrimonio racchiudere per questi casi futuri, non ne nasceva un' ipoteca *actu*: essa aveva luogo dal giorno che i casi si verificavano. D'altronde facendo rimontare l'ipoteca al giorno del matrimonio, ne potevano nascere delle frodi manifeste. Prima che un' eredità fosse devoluta ad una donna maritata, o che una donazione le fosse fatta, prima ch'ella avesse contratto debiti con suo marito, o che avesse alienato i proprj beni con sua autorizzazione, ciocchè spesso avveniva nell' interesse del marito che ne profittava, molte persone potevano prestare a costui, e si vedevano quindi privati dell'anteriorità della loro ipoteca, nella quale veniva riposta tutta la sicurezza dei loro crediti. Un creditore molto posteriore, che avesse avuto l'impegno di prestar denaro ad un marito con obbligo e garanzia della moglie, della quale potesse rappresentare i diritti, dovrebbe essere preferito, nell'ipoteca, a'creditori più antichi di lui. Gli acquirenti del marito, prima di queste istesse epoche, erano anche esposti a' medesimi pericoli. Siffatta giurisprudenza avea egualmente l'inconveniente di porre i mariti in certo modo sotto la tutela delle loro mogli, *in curatione uxoria*, giacchè senza l'obbligazione di queste, essi non trovavano, al bisogno chi loro prestasse del denaro. Parrebbe anche, giusta quanto Mornac dice, che fu con decisione de' 17 marzo 1608 colla quale questa perniciosa giurisprudenza venne conservata, e contro la quale

egli acremente si scaglia, che aprì l'adito a favore de' creditori del marito di domandare l'obbligo della di lui moglie: uso che si è generalmente osservato fin oggi sotto il regime della comunione.

Esame delle ragioni che si possono opporre alla restrizione fatta in certi casi della esenzione d' iscrizione dell' ipoteca legale.

228. Ma si può supporre che la dote, le convenzioni matrimoniali, i diritti della moglie sopra eredità a lei devolute, o per donazioni fattele durante il matrimonio per indennità, per debiti contratti col marito, o pel rimpiego de' suoi beni alienati, non sieno i soli oggetti pe' quali la legge ha ammesso, a beneficio della moglie, l' ipoteca legale esente dalla iscrizione. Quest' obiezione si può fondare perchè il legislatore negli art. 2140, 2144, 2193 e 2195 del Codice civile, parlando degli istessi diritti per i quali l'ipoteca legale è stata ammessa senza la iscrizione, ne parla con maggiore estensione di quel che lo faccia nell' art. 2135. Di fatti, in questo articolo si fa soltanto parola della *dote e convenzioni matrimoniali*, mentre negli articoli citati parlasi *della dote e de' diritti e patti matrimoniali.* La parola *diritti* (*reprises*), si direbbe, porta sopra i diritti diversi dalla *dote e convenzioni matrimoniali*; e quindi concerne i beni estradotali o parafernali.

Ciò prova quanto sia necessario di formarsi dell' idee esatte per questa parola di *diritti*, della quale ho veduto far abuso. Ma sotto qualunque punto di vista si consideri, parmi essere impossibile che si possa usare per i beni diversi da quelli che sono puramente dotali. La parola *diritti* impiegata negli art. 2140, 2144, 2193 e 2195, non soggiunge altro a quanto il legislatore intese esprimere nell' art. 2135, colle parole di *dote* o *convenzioni matrimoniali.* Colla voce di *diritti* egli volle parlare della dote sotto il regime della comunione, come anche de' diritti enunciati nella seconda e terza parte dell'art. 2135. Talchè l' ipoteca legale, esente dall' iscrizione, deesi sempre riferire alla dote, ed ai diritti della moglie, e non ad altro. Di fatti, nell' antica come nella nuova legislazione, la dote sotto il regime della comunione, contiene parecchie altre idee e cose di quello che l'abbia sotto il regime dotale. Si può dire che *diritti*, *dote*, e *beni dotali* erano parole identiche sotto il regime della comunione. Se ne resterà convinto da quanto si legge in una profonda dissertazione riportata nel Giornale di palazzo, tom. 1, alla data d' una decisione del 5 aprile 1667, se consultasi Renusson, *Tratt. della comunione*, part.

2, cap. 3, n. 1, e seg.; l'art. 18 del capitolo 23 dello Statuto del Niverne-se, ed il commentario in fine di Coquille intorno a questo articolo. Ma non può insegnarsi meglio la vera dottrina su tal materia, che riportando un passaggio del sig. Tarrible, *Repert. di giuris.* alle parole *Iscrizione ipot.* §. 3. n. 9. Quanto egli dice ha uno stretto particolar legame con la legislazione stabilita nel cap. 2, tit. 3, *del contratto di matrimonio*, del Codice civile, talchè noi non possiamo esentarci dal riportare le medesime parole d'un autore tanto stimabile:

« Quanto vien dato alla donna nel contratto di matrimonio, tutti i beni presenti e futuri che la donna porta con sè nell'istesso contratto, costituiscono tutti la sua dote. Nel regime dotale la dote limitasi a questi beni, giacchè tutti quelli che la donna può avere, e che non vengono compresi in queste designazioni, sono parafernali, vale a dire *estradotali. Ma, nel regime della comunione, la dote ha una maggiore estensione: essa comprende la totalità de' beni che la donna ha, o può acquistare durante il matrimonio.* Di fatti, nell'art. 1530 si vede che anche quando gli sposi dichiarano di volersi maritare senza comunione, questa clausola non dà alla moglie il diritto di poter amministrare i suoi beni, nè di raccoglierne i frutti: ma questi frutti si considerano assegnati al marito onde sostenere i pesi del matrimonio. La dote espressamente costituita, non dà altro diritto al marito, se non quello di godere i beni che ne sono l'oggetto, onde sopportare i pesi del matrimonio; e siccome il marito ha indistintamente l'istesso diritto sopra i beni costituiti, noi abbiamo ragione nel dire che, *sotto il regime della comunione, tutti i beni della donna erano dotali, almeno in quanto all'effetto, se nol sono in quanto alla denominazione.* Bisogna nondimeno eccettuare il caso in cui gli sposi hanno stipulata una separazione di beni, perchè ciò è sottoposto a regole particolari che noi in seguito farem conoscere. Riassumendo il nostro esame, continua l'autore, conosceremo che sotto nome di *dote* debbonsi comprendere, cioè a dire sotto il regime della comunione, *tutte le somme appartenenti alla donna,* e *passate in proprietà del marito, qualunque ne possa essere la provenienza*; e sotto il regime dotale tutte le somme che vennero date alla moglie, e ch'essa si è nominativamente costituite nel contratto matrimoniale. Conosceremo più in là che la moglie può godere dell'ipoteca legale sopra i beni del marito onde indistintamente ripetere tutte queste somme.

Anche il sig. Tarrible, in un altro luogo si esprime così: « I *diritti* hanno una maggiore latitudine, e comprendono tutte le somme che la mo-

glie deve ripetere da' beni del marito sia a titolo di rimpiego, d'indennità, o di compenso quando avvi comunione tra essi. Ben si vede che la moglie ha un *diritto* sopra tutti i beni di suo marito, per il ricupero delle somme a lei dovute, che vennero date al marito, o che s'impiegarono, in un modo qualunque, per l'utilità di quest'ultimo. È lo stesso sotto questo regime nel caso in cui gli sposi avessero convenuto di maritarsi senza comunione. *Se il marito ricevè delle somme appartenenti alla moglie, de' frutti od interessi*, che sono irrevocabilmente di lui in virtù del suo proprio diritto di goderne, o se la moglie pagò con suoi proprj denari i debiti di suo marito, *queste somme tutte formeranno l' oggetto di altrettanti diritti per i quali la donna godrà un' ipoteca legale*, sia perchè quest'ipoteca gli appartiene, in generale, per i suoi diritti, sia perchè, secondo le spiegazioni date di sopra, tutti questi oggetti, sotto certi rapporti, si posso riguardare come dotali ».

Dall' esposizione di siffatta dottrina resulta che i termini di *dote*, *diritti* e *convenzioni matrimoniali* espressi negli articoli 2140, 2144, 2193, e 2195, sono gli stessi di quelli delle tre parti del §. 2 dell'art. 2135; e che con ciò il legislatore non ha potuto volere esprimere che le convenzioni matrimoniali, la dote, o i diritti dotali, sia sotto il regime della comunione, sia sotto quello dotale, salve le differenze dell'epoche alle quali l'ipoteca rimonta relativamente a' diritti dotali esistenti nel regime della comunione, che col nome di *diritti* si esercitano.

Motivi per i quali conviene far iscrivere l' ipoteca legale. Essa deve esserlo per le ripetizioni estradotali.

229. Da tutto quel che abbiamo detto resulta una conseguenza importante, ed è che tutto ciò che non è dotale, sotto qualunque siasi regime, vi è anche un' ipoteca legale a favore della moglie, secondo l' art. 2121; ma che questa ipoteca legale non esiste che coll'obbligo dell' iscrizione, e che per tali oggetti quest'ipoteca non prende altro grado, in faccia ai terzi, se non dal dì dell' iscrizione. Intanto tal questione fu molto combattuta, ciò che a parer mio è sorprendente. La Corte reale di Aix, con decisione de' 19 agosto 1813; quella di Grenoble con due decisioni de' 17 luglio e 24 agosto 1814; la Corte reale di Tolosa, con decisione de' 4 giugno 1816, le di cui considerazioni meritano di essere meditate, decisero per l' affermativa: ma la Corte reale di Riom, seconda camera, fu per la negativa

con due decisioni de' 19 agosto 1818 e 20 febbraio 1819 (1). Questa diversità di decisioni annuncia quanto è necessario che la questione venga esaminata. Ma ben si vede ancora di quanto appoggio mi sarà in questo esame quel che finora stabilii.

Il sig. Tarrible, *loco citato*, dopo di aver data una luminosa spiegazione di quello ch'erano i *diritti* della moglie, dalla quale spiegazione resulta che bisogna ravvisare in questo vocabolo i diritti che incorporansi con la dote, o i beni dotali della moglie sotto il regime della comunione; e dopo di aver detto che tale parola, *diritti*, non è che il nome dell'esercizio di quest'istessi diritti o beni dotali, passa finalmente a' beni non dotali della moglie sotto amendue i regimi. Questi beni, relativamente al regime della comunione, consistono in quello che la donna pretende di esserle dovuto dal marito, a cagione di oggetti non compresi nel contratto di matrimonio, che non fanno parte dei beni proprj di lei nè della sua dote; come, per esempio, quando gli sposi si sono maritati con condizione della separazione di beni, quest'istessi beni non dotali esistono, sotto il regime dotale, quando la donna si è riserbati i beni parafernali. Egli esamina, se per tali diritti estradotali, che l'autore chiama *reprises* (diritti), la moglie gode l'istessa ipoteca legale, esente dalla iscrizione, come per i precedenti oggetti di cui ho fatto parola; e si propone de' dubbj all'uopo: questi, al dir del sig. Tarrible, possono nascere ne' due seguenti casi, se l'amministrazione cioè appartiene del tutto alla moglie, e se costei non ha bisogno di soccorsi straordinarj onde assicurare la ripetizione delle somme, al di cui impiego ella ha consentito, e che avrebbe potuto essere da lei negato. I dubbj, continua a dire il sig. Tarrible, si elevano ancor più forti dalla disposizione dell'art. 1577 ove si prescrive, che se la moglie costituisce suo marito procuratore ad amministrare i suoi beni parafernali, col peso di renderle conto de' frutti, costui sarà tenuto verso la medesima come qualunque altro procuratore; donde deriva la conseguenza che, in tal caso, la donna non avrà più ipoteca legale sopra i beni del marito di quello che l'avrebbe sopra di qualunque altro cui avesse dato un consimile mandato. Nondimeno il sig. Tarrible ravvisa in questi crediti, sebbene estradotali di loro natura, de'diritti simili a'primi. Egli li paragona, e conferisce loro gli stessi privilegj: finalmente egli credè di adottare l'opi-

(1) Sulle cinque prime decisioni, *Ved.* Denevers, anno 1814, pag. 24 e 79 supp.; anno 1817, pag. 116 e 149, supp.; e anno 1818, pag. 2; Sirey, anno 1818, 2 parte, pag. 44; e sulla seconda decisione della Corte reale di Riom, *Ved.* Sirey, tom. 20, pag. 275, ed il giornale delle udienze di questa Corte, alla data della decisione.

nione che, per tutt' i *diritti*, crediti, azioni o ripetizioni, quantunque estradotali di loro natura, la moglie gode sopra i beni del marito la medesima ipoteca, il medesimo privilegio che gode per tutto ciò ch'è dotale.

Malgrado tutt' i riguardi dovuti all' opinione del sig. Tarrible, sembrami impossibile di ammetterla nel caso in questione.

In primo luogo è incontrastabile che la legislazione francese riconosce due specie d'ipoteche legali, la prima che va esente dall'obbligo dell'iscrizione, e la seconda a quest'iscrizione soggetta, a contare dalla quale l'ipoteca prende il suo rango, e non prima. Quando poi il legislatore passa all'art. 2135, la costituzione di quest'articolo, lo spirito che lo dettò, il senso delle parole impiegate, e la cura colla quale le ha scelte, tutto, a buon conto, indica che questo articolo venne concepito in un senso inclusivo per taluni diritti ed *esclusivo* per taluni altri. Se il legislatore avesse inteso accordare l'ipoteca legale senza l'iscrizione, per tutti i diritti e crediti qualunque della moglie e senz'alcuna distinzione, lo avrebbe detto con una sola parola, e si sarebbe contentato di apportarvi delle restrizioni, relativamente alla data dell' ipoteca, che formano l'oggetto della 2.ª e 3.ª parte del paragrafo 2.°, dell'articolo 2135. Egli non avrebbe usato un linguaggio di distribuzione, di distinzione, di particolare applicazione delle cose che devono avere il favore dell'ipoteca legale esente dall'iscrizione. Sol perchè il legislatore denota questi oggetti, egli fa conoscere esservene degli altri cui viene negato il medesimo privilegio.

In secondo luogo, la parola *dote* venendo al pensiero sotto ad un rapporto positivo, richiama naturalmente al pensiero quel che gli è direttamente opposto, cioè a dire i beni *estradotali*; ma ciò non ostante il legislatore si ferma alla parola di *dote*, e neppur sogna a'beni *estradotali* o *parafernali*; come poi pretendere che questi beni fossero stati considerati da lui egualmente che la dote! Seguendo tutti i regimi dell' interpretazione non si può supporre che il legislatore abbia compreso nella parola *dote* quello ch'è fuori della *dote*. Se in seguito avvi qualche parola diversa da quella di *parafernali*, di *diritti riservati* alla moglie, che possa ravvicinarsi alla parola *dote*, almeno in uno dei regimi, che possa benanche denotare questa dote considerata nei suoi resultati e nei suoi effetti, in siffatto regime, è lo stesso che abjurare a' principj d'una sana logica, rapportando quest'espressione alla dote che di già occupò il legislatore, e riguardarla come sviluppo di quel che si disse sempre nell' istesso senso in cui fu spiegata?

Ma una riflessione molto semplice farà chiaramente conoscere quel

che dissi. La legge, negli articoli 1540 e 1541, traccia una gran linea di demarcazione tra ciò che è *dote* e quel ch'è *estradotale*, qualunque sia il regime sotto del quale si contrae il matrimonio. La *dote* consiste nei beni che la moglie porta al marito *per sostenere i pesi del matrimonio.* Ma non è *dote* se non ciò che la donna *si costituisce* o che le vien donato nel *contratto di matrimonio*, ed onde sianvi beni estradotali, bisogna che siavi una *stipulazione contraria.* È questa stipulazione contraria che costituisce i beni *parafernali.* La parola *dote* è dunque vocabolo generico che abbraccia tutt'i beni di qualunque natura, portati dalla moglie, ma però tutti i beni qualunque unicamente destinati a sostenere i pesi del matrimonio, ciò che formava parimente nel diritto romano il carattere della dote. Seguendo lo spirito di questo diritto, la dote veniva costituita, *ad onera matrimonii substinenda.* Quest'istessa parola generica di *dote* comprende, in conseguenza, i diritti che derivano da questi istessi beni, e diritti dotali i quali s'incorporano con essi, che hanno l'istessa destinazione, e son *dote* al pari di essi. Sicchè il legislatore non poteva, nell'art. 2135, nè negli articoli ad esso correlativi, ove si leggono le parole *dote, diritti, convenzioni matrimoniali*, avere per scopo beni il di cui oggetto non è di sostenere i pesi del matrimonio: perlocchè i beni estradotali in amendue i regimi ne vengono esclusi. Niuno certamente disconverrà che i beni estradotali sieno dati per sostenere i pesi del matrimonio. Questi sono beni d'una natura particolare; non fanno parte del matrimonio, e sono a disposizione della moglie, che se li riserba come una specie di *peculio.* Si osserva, in fatti nella legge 9, §. 3, ff. *de jure dotium* che i beni della donna, dai Greci appellati *parafernali*, erano noti agli antichi Galli sotto il nome di *peculio. Caeterum si res dantur in ea quae Graeci* PARAPHERNA *dicunt, quaeque Galli* PECULIUM *appellant.* È quindi come conseguenza della destinazione de'beni dotali, *ad onera matrimonii substinenda*, in opposzione a'beni estradotali che non lo hanno, che in diritto romano si scorgono tanti privilegj accordati a'beni dotali, che non lo erano a'beni estradotali o parafernali. E non si può dubitare parimente che non sia la medesima differenza di destinazione quella che abbia fatto comprendere nell'art. 2135 i beni dotali considerati sotto un punto di vista generale, esclusivamente agli altri.

In terzo luogo, quando il legislatore parla di successioni devolute alla moglie durante il matrimonio, dice: *La moglie non ha ipoteca per i capitali* DOTALI *che provengono da eredità che*, ec. Se vero fosse che secondo l'intenzione del legislatore tutt'i beni di qualunque specie, che

qualunque sorta di diritti, azioni e crediti della moglie contra il marito, avessero goduto del favore dell'ipoteca legale libera dall'iscrizione, non sarebbe forse una cosa ridicola il vedersi nell'articolo, *per le somme dotali?* Il legislatore con tale restrizione avrebbe detto precisamente il contrario di quello che avrebbe voluto dire: il senso di questa limitazione posteriore avrebbe in un colpo distrutto il senso di una *generalità* indefinita ed assoluta. Ben si vede che quando il legislatore disse: *capitali dotali che provengono* da *eredità* ec., esso non volle accordare il favore dell'ipoteca legale, esente dall'obbligo dell'iscrizione, se non alle eredità composte di cose mobili, veramente dotali, come quando la donna si costituisce la dote tutt'i suoi beni presenti e futuri, di oggetti di cui il marito si avrebbe dovuto mettere in possesso in virtù della sua autorità maritale, e che allora egli rifiutò quest'istessa ipoteca legale a' capitali e diritti mobiliari non dotali, mentre nel regime della comunione la moglie poteva non porli in comunione, riserbandosene il godimento e l'amministrazione con una clausola di separazione di beni, e che sotto il regime dotale essa se gli avrebbe riserbati come parafernali. Quest'espressione DOTALI, applicata alle eredità devolute durante il matrimonio, conferma in una maniera precisa la volontà, enunciata nell'art. 2135, di non accordare il favore dell'ipoteca legale senza dell'iscrizione, se non a ciò che sarebbe *dote*, e di negarla a ciò che sarebbe estradotale.

In quarto luogo, la vera significazione di siffatta parola *reprises, o diritti*, prova quanto sia erronea l'applicazione che si fa di cose estradotali tanto sotto l'uno quanto sotto l'altro regime. Una *reprise* è l'esercizio di un diritto di riprendere da una massa, cioè dalla comunione, cio che vi si presenta. Ma non si concepisce un'idea molto esatta della *reprise* per parte della moglie, nè di quello ch'essa non portò in questa massa, quando è questione di comunione, nè di quello ch'essa riserbò e non volle porre nel contratto di matrimonio colla dote, quando trattasi di regime dotale. L'errore dipende dall'avere il sig. Tarrible voluto comprendere nella *reprise*, o *diritto*, da lui tanto bene spiegato, ciò che non viene compreso secondo il senso ed il linguaggio legale. Perlocchè allora quando si è penetrato delle disposizioni del cap. 2, del tit. *del contratto di matrimonio*, e soprattutto di quelle in cui vedesi usata la parola di *reprise*, o *diritto*, oppure le parole di *ricompensa*, *prelevazione*, o *rinvestimento* che possono alle volte essere, le equivalenti di quella di *diritto* o *reprise*, restasi convinto che tale parola è estranea a ciò che non è *dote*, o *beni do-*

tali; e quando si vogliono veder ovunque i *diritti* o *reprises*, cadesi nella necessità di dover violare tutte le regole d'interpetrazione dell'art. 2135.

Il sig. Tarrible stabilisce anche la sua opinione sull'influenza del marito che impedirebbe alla moglie di prendere iscrizione sopra i beni venduti o che intendesse vendere. Soggiunge che la condizione della moglie *sarebbe peggiore di quella d'un creditore ordinario*, *il quale potè liberamente prendere tutte le misure di sicurezza che la prudenza gli suggerì*.

Prima di tutto, la condizione della moglie è sempre più vantaggiosa di quella d'un creditore ordinario, giacchè, a differenza di questo, essa secondo l'art. 2121 gode un'ipoteca legale per tutt'i suoi diritti contra il marito, salvo sempre il caso in cui la moglie costituì suo marito amministratore de'suoi beni parafernali; ed in ordine all'iscrizione che essa deve prendere per i diritti pei quali non avvi ipoteca legale senza iscrizione, bisogna supporre ch'essa avrà il diritto di prenderla subitochè si credè capace di poter regolare, amministrare e conservare i beni da lei non posti sotto la protezione data dalla legge a' beni che divengono dotali. Ella, del resto, deve imputare a sè stessa, o il suo difetto di previdenza, o la sua negligenza; e finalmente il pericolo dell'influenza non potè imporne tanto per i beni estradotali, quanto ne ha imposto per quelli dotali, a motivo della destinazione di questi ultimi.

Si dirà forse, come lo vidi già opporre, che la prescrizione non corre contra la donna maritata, per quelle sue azioni, per le quali suo marito è garante, come di fatti fu giudicato, e come doveva esserlo, da un decreto della Corte di cassazione de' 24 giugno 1817? Questo decreto si trova nella Raccolta di Denevers, anno 1817, pag. 505. Ma in primo luogo, non sarebbe più possibile stabilire un principio in materia di legislazione, se, dando una grande estensione alle analogie, si volesse applicare ad una materia quanto trovasi stabilito per un'altra dipendente da regole diverse. Secondariamente, non avvi alcun paragone tra il caso della prescrizione e quello in questione. La legge ha potuto prendere un debole interesse per un debitore della moglie, il quale volesse opporre una prescrizione sempre odiosa, ma doveva al contrario prendere un vivo interesse nel proteggere i terzi creditori o acquirenti del marito, i quali resterebbero vittime per mancanza di conoscenza derivante soltanto dalla moglie nel darla col mezzo dell'iscrizione, e che essi non potevano procurarsela, o sospettarla dietro un contratto di matrimonio che poteva loro comunicarsi, ma

che non avrebbe dato verun indizio per poter inspirar loro una certa diffidenza, onde mettersi in guardia.

Se i beni parafernali non si possono alienare dalla moglie senza l'autorizzazione del marito, si può forse dire essere questi liberi dall'iscrizione? Ma ciò sarebbe lo stesso che confondere cose che hanno origine da idee e da principj diversi. 1.° Non trattasi ivi d'alienazione d'immobili, ma di capitali estradotali, de' quali la moglie ha la libera disposizione. 2.° Analogamente all'art. 1576 la moglie, quando il marito dissenta, può alienare i suoi beni parafernali con permesso del giudice. 3.° Quello che concerne la proibizione di alienare, senza le formalità volute dalla legge, viene stabilito in veduta di particolari rapporti fra il marito e la moglie. Tutto ciò dunque è estraneo a quel che riguarda l'interesse de' terzi, interesse che deve considerarsi sotto un altro punto di vista. La legge si arma contra qualsiasi frode commessa dalla sola moglie, ed alla quale ella forse s'induce ad istigazione di suo marito. Sola, essa può validamente prendere iscrizione per i suoi capitali parafernali. La presenza e l'autorizzazione del marito non sono necessarie per dare effetto a quest'atto conservatorio. Il marito può soltanto regolarizzare dietro d'una procedura, se, per veduta personale di ambizione, o perchè egli potrebbe giustamente opporsi alle pretensioni di sua moglie, volesse domandare giudicialmente la cancellazione e radiazione della iscrizione.

Finalmente deesi meglio valutare di quel che non fassi ordinariamente, e diffidare su quanto suol dirsi, onde dispensare la moglie dall'iscriversi relativamente a quel che è fuori dei suoi beni dotali. Da parecchi secoli a questa parte, anche per i beni dotali, la massima del diritto romano, *interest enim reipublicae dotes salvas esse*, è stata prodigiosamente indebolita in Francia. I nostri costumi, i nostri usi, la necessità di favorire i progressi dell'industria, a' quali la moglie deve sovente concorrere nell'interesse del marito, inseparabile dal suo e da quello de' suoi figli, le facilitazioni e speditezze che sonosi date al commercio, l'inconveniente di paralizzare la libera circolazione d'una gran parte de' beni immobili, e di colpirli d'una specie di sostituzione che li renderebbe invendibili, tutte queste considerazioni hanno fatto rigettare, o raddolcire di molto la severità de' principj del diritto romano. Il regime della comunione, ignota in questo diritto, venne adottata da due terze parti della Francia, e la moglie potea vendere i suoi beni dotali coll'autorizzazione e consenso di suo marito.

Si sa bene quello ch'era il senatus-consulto Vellejano, il quale onde

soccorrere la fragilità e la debolezza di un sesso facile ad essere ingannato, aveva pronunziata una interdizione generale di contrarre obbligazioni contra tutte le donne, maritate, vedove, o nubili. Ma si vede che, di tempo in tempo i nostri Re, hanno abolito questo senatus-consulto, ovunque erasi stabilito. Queste disposizioni aveano per oggetto di liberare ad una sana politica ed al commercio le transazioni dai funesti inceppamenti.

L'editto del 1771, art 17 e 32, pronunziò la purgazione della dote per difetto di opposizione alle lettere di ratifica; dispensò dall'obbligo di siffatta opposizione per la sola sopravvivenza non ancora verificata. La legge degli 11 brumaio anno 7 sottomise le mogli alla formalità dell'iscrizione per la conservazione delle loro doti. Il Codice civile con un sistema d'indulgenza, sottoposto al bersaglio di molte critiche, in ciò che distrugge l'uniformità della legge che ha per base la pubblicità dell'ipoteche, sottrasse da questa pubblicità, e quindi dalla necessità dell'iscrizioni tutt'i diritti della moglie; ma questi diritti sono solamente la *dote*, o i *beni dotali*. Ora, ritornando al principio, esso volle che ogni altro diritto diverso dalla *dote* e dai *beni dotali* fosse iscritto. Questa distinzione trovasi nello spirito che presiedè alla redazione della legge e ne' termini de'quali il legislatore si è servito e che ci presentano compiutamente il suo pensiero; e si vorrebbe oggi far dispensare dall'iscrizione, o ciò che vale l'istesso, dalla pubblicità tutto ciò che non è *dote*, sia sotto il regime della comunione, sia sotto quello dotale? ma ciò è impossibile a sostenersi. La pubblicità dell'ipoteca è il sistema della nostra legislazione, e ne forma il principio fondamentale.

Non avvi alcun dubbio sulla presente questione: ma se uno ve ne fosse, bisogna seguire il sistema e lo spirito generale della legge: In questo caso il rischio di smarrirsi sarà minore. Conviene stare al principio che, quando nella legge non avvi una regola generale, tutto è a lei sottoposto fuorchè quello che n'è stato formalmente eccettuato. Questa regola generale deve essere anche più rispettata quando si protegge un interesse pubblico che ha un'ascendenza sull'interesse privato; quando ha in mira di premunire i creditori ed acquirenti del marito contra le frodi di cui potrebbero essere vittime con una procurata oscurità, che per altro può essere facilmente dissipata da un semplice atto conservatorio, utile alla moglie istessa e comandato dalla delicatezza del marito.

Questa dissertazione, occasionata dalla importanza della questione, riceve nuovi gradi di forza da' motivi sviluppati nella decisione della Corte reale di Tolosa, de'4 giugno 1816, da me già citata. La compilazione fu saggia e luminosa. Il sig. Planel, decano della facoltà di diritto a Gre-

noble, formò sulla questione una dissertazione che merita di esser letta. Trovasi nell'opera di Sirey, anno 1819, seconda parte, pag. 89.

Decisione recente d'una Corte reale, che decide anche la questione con una circostanza particolare.

230. La controversia trovavasi già trattata, e l'opera trovavasi parimente sotto il torchio quando dalla Corte reale di Riom, 1.ª camera, venne profferita una decisione, a' 4 marzo 1822, che giudicò la questione in massima, ed analogamente agl' istessi principj che ho esposti. Questa decisione risolvè un'altra importante questione che trattai nel numero 108, alla pag. 258, ove io l'annunziai. Relativamente alla questione di cui adesso si tratta eravi una circostanza particolare, che non doveva punto dar luogo ad una diversa decisione.

Antonietta Vacher, nata Touset, in lite cogli eredi Flat, creditori di suo marito, dubitando se avesse un'ipoteca libera da iscrizioni per i suoi beni estradotali, avea venduti, unitamente con suo marito, con atto de' 13 ventoso anno 13, alcuni fondi che le appartenevano, e ch'erano estradotali. Si pattuì che la somma pagata dal compratore si sarebbe impiegata dal marito in compra di fondi certi. Quest'ultimo, per la sicurezza di quest'impiego, ipotecò specialmente una casa situata ad Ardes; e a' 19 dicembre 1810 era stata già presa un'iscrizione a favore del compratore, fratello della signora Vacher. Si vede assai bene che quest'impiego, e le precauzioni ch'erano state prese concernevano unicamente quest'ultima. Convien sapere che l'iscrizione presa dagli eredi Flat sopra i beni del marito aveano la data del 1.° agosto 1807; talchè essa era posteriore alla vendita de' beni della moglie fatta colla clausola del rimpiego.

La signora Vacher pretendea che per tal impiego ella godesse un'ipoteca esente da iscrizione, sopra i beni del marito, rimontando alla data della vendita. Ella fondava siffatta pretensione sulla disposizione del §. 2., num. 2 dell'art. 2135 del Codice civile ove si prescrive, che la moglie ha ipoteca sopra i beni del marito pel rinvestimento del prezzo *de' proprj beni alienati* dal giorno della *vendita.* Ma con ciò faceasi una falsa applicazione di questo articolo; quindi il mezzo venne rigettato dai motivi esposti nella decisione. E siccome essa non trovasi in alcuna Raccolta, bene stimo doverne trascrivere i motivi.

« Attesochè importa sapere le conseguenze derivanti dalla combinazione degli art. 2121, 2134 e 2135 del Codice civile; che l'art. 2121 accorda

alla moglie un'ipoteca legale sopra i beni di suo marito, per i suoi diritti, siano dotali siano estradotali; che l'art. 2134 fonda per principio generale che tutte le ipoteche di qualunque natura, siano legali, giudiciali o convenzionali, non prendono il loro grado se non dal giorno dell'iscrizione, salve l'eccezioni contenute nell'articolo seguente; che l'oggetto dell'art. 2135 fu quello di determinare queste eccezioni alla regola generale; che questo articolo ha dichiarato due sole specie d'ipoteche legali indipendenti da qualunque iscrizione, quelle cioè de' minori e degl'interdetti sopra i beni de' loro tutori, e quelle delle mogli sugl'immobili dei loro mariti, dal giorno del loro matrimonio; ma che il privilegio di non doversi iscrivere non è generale, che al contrario esso è limitato alla dote ed alle convenzioni matrimoniali, che furono sempre le donazioni ed assegnamenti fatti alla moglie in caso di sopravvivenza;

« Che questo articolo è concepito con un spirito di eccezione, distinzione, limitazione, inclusione di talune cose ed esclusione di talune altre; e che perciò l'esenzione dell'iscrizione deve limitarsi alla dote ed alle convenzioni matrimoniali; in guisa che tutti gli altri diritti della moglie, e particolarmente tutt'i suoi diritti estradotali vengono sottoposti alla regola generale intorno alla necessità dell'iscrizione, non venendo compresi nell'eccezioni di questa regola, quali eccezioni vennero del tutto spiegate dal legislatore nell'art. 2135.

« Attesochè se il legislatore non avesse voluto limitare l'esenzione dall'iscrizione alla dote ed alle convenzioni matrimoniali, egli non si sarebbe servito di un modo di dire che non può convenire se non per un idea di eccezione e limitazione ch'egli avea in pensiero: egli avrebbe detto semplicemente, che tutte le ipoteche della moglie, di qualunque natura esse siano sopra i beni di suo marito, sarebbero esenti dall'iscrizione: egli in conseguenza si sarebbe contentato di determinar l'epoche legali alle quali debbono rimontare, nel caso preveduto nel num. 2, dell'art. 2135, e ne'due paragrafi che lo seguono; che tanto meno può dubitarsi l'intenzione del legislatore essere stata di limitare l'esenzione dall'iscrizione alla dote ed alle convenzioni matrimoniali, che la parola *dote*, che si legge nell'art. 2135, richiamava necessariamente allo spirito l'opposto della dote, cioè a dire i beni estradotali, e nondimeno non se ne parla per nulla in questo art. 2135, ancorchè parlisi de' beni estradotali in molti articoli del Codice civile, con caratteri ben differenti da quelli attribuiti a'beni dotali, o, ciocchè vale lo stesso, alla *dote*.

« Attesochè non si può avere verun riguardo agli argomenti prodotti

dalla signora Vacher, perchè, negli art. 2140, 2144, 2193 e 2195, il legislatore disse, parlando delle misure proprie a purgare le ipoteche legali della moglie: *le doti, diritti, e convenzioni matrimoniali*; ch'è facile di valutare questa parola *diritti*, riflettendo che, negli articoli sopradetti, il legislatore volle, e dovè comprendere non solo ciò che s'intende per *dote* sotto il regime dotale, ma anche ciò che si può intendere per *dote* nel regime della comunione, e che si è sempre specificato con più particolarità in questo ragime colla parola *diritti*; che conveniva che il legislatore, dovendo ricordarsi in questi articoli, in una maniera complessiva ciò ch'era enunciato in un modo distinto nell'art. 2135, si fosse servito d'un termine generale proprio ad essere applicato a tutto ciò ch'era dotale sotto amendue i regimi; che questo art. 2135 applicavasi distributivamente al regime dotale ed a quello della comunione; che nel §. 2 del num. 2 di quest'istesso articolo, il legislatore avendo fissata l'epoca dalla quale cominciava a correre l'ipoteca legale della moglie per l'indennità de'debiti contratti con suo marito, e pel rinvestimento del prezzo dei suoi beni proprj alienati, ciocchè non potea convenire se non nel regime della comunione, si è quindi veduto nella necessità di ricordare i diritti della moglie, che esistono specialmente in questi due ultimi casi, che e essi hanno dovuto essere intesi nella parola generica di diritti.

« Considerando che realmente tutt'i diritti che la moglie rappresenta su i beni del suo marito, nel regime della comunione sono dotali, giacchè rappresentano sempre quel che era dotale; che difatti l'obbligazione da lei contratta col marito, che stimasi fatta come cauzione di quest'ultimo, caderebbe sopra i suoi beni proprj che sono sempre dotali, giacchè il rinvestimento del prezzo dei suoi beni proprj alienati, porta sempre di necessità il carattere dotale, essendo i di lei beni proprj in questa regime i beni dotali;

« Che allora la parola *diritti*, impiegata in seguito, non distrugge la limitazione stabilita dell'art. 2135, alla dote e convenzioni matrimoniali; che queste parole fissano irrevocabilmente l'idea del legislatore;

« Considerando che quel che prova la giustezza dell'interpetrazione data all'art. 2135, si è l'uso in esso fatto dal legislatore nel §. 1 del num. 2, di queste parole, *capitali dotali*. Il legislatore ivi fissa l'epoca particolare alla quale rimonta l'ipoteca legale della moglie per eredità ad essa devoluta, e per le donazioni fattele durante il matrimonio; e siccome quest'eredità e donazioni possono consistere in capitali i quali sarebbero dotali della moglie se, nel regime dotale, ella si costituì in dote tutt'i

suoi beni presenti e futuri, così egli non manca dire *capitali dotali*, onde fare che si conosca la sua idea, ch'è sempre quella di esimere dall'iscrizione ciò ch'è dotale. Se il legislatore non volea esprimere una limitazione di questa esenzione alle sole cose dotali, non si sa concepire perchè avrebbe detto *capitali dotali*: questi termini non possono essere intesi che in un senso di esclusione, sotto il rapporto di questa esenzione d'iscrizione, in opposizione di quel che non è dotale: altrimenti questi termini sarebbero del tutto inutili; ma però non vi sono posti se non per stabilire la distinzione fra quel che è dotale, e quel che non lo è. Tali espressioni, *capitali dotali*, forniscono dunque un argomento che sembra non suscettibile di alcuna solida opposizione.

« Attesochè non merita alcun riguardo il motivo, che la signora Vacher deduce dalla circostanza che, nella vendita da lei fatta (congiuntamente a suo marito, dei suoi immobili parafernali, con atto de'13 ventoso anno 13, per la somma di 1800 franchi), sia stato stipulato che il marito sarebbe tenuto al rinvestimento del prezzo della vendita in fondi certi, per la cui sicurezza il marito abbia ipotecata specialmente una casa situata ad Ardes, e che il compratore in virtù di questa speciale ipoteca siasi iscritto sopra questa casa, a'17 dicembre 1810.

« Che voler applicare a quest'azione di rinvestimento la disposizione legislativa del §. 2.° del n.° 2 dell'art. 2135, avente per oggetto l'ipoteca della moglie pel rinvestimento dei suoi beni proprj alienati, sarebbe lo stesso che abbattere le fondamenta di tutt'i principj, e distruggere l'economia della legge;

« Che il rinvestimento del prezzo de'beni alienati, nel regime della comunione, è per necessità dotale, giacchè esso rappresenta i beni proprj ch'erano dotali della moglie, mentre nel regime dotale, che è quello sotto il quale la signora Vacher si è maritata, tutte le azioni che possono essere una conseguenza della vendita de' beni estradotali, ed un'obbligazione di rinvestimento di prezzo di quest'istessi beni per parte del marito, non sono che estradotali, perchè partecipano della natura de'beni la di cui vendita diè origine a queste azioni;

« Che la condizione del rinvestimento, e la sicurezza presa dall'acquirente, finchè questo rinvestimento si fosse effettuato, riguarda principalmente l'interesse della moglie e quello dell'acquirente; ch'esse sono del tutto estranee a'terzi creditori, e che in faccia a questi i diritti della moglie hanno sempre il carattere di ripetizioni estradotali, per le quali facea uopo dell'iscrizione;

« Considerando che il tribunale non deesi arrestare al mezzo attinto dall'influenza del marito, il quale avrebbe potuto proibire alla sua moglie d'iscriversi sopra i suoi beni; che la moglie, la quale tacitamente o espressamente riserbasi taluni beni come parafernali, contrae con ciò solo l'impegno di vegliare personalmente alla loro conservazione, e deve incolpare sè medesima se non lo fece; che d'altronde il pubblico interesse, che su di ciò la legge ripone nell'interesse de' terzi, deve prevalere alle particolari considerazioni;

« Attesochè in fine, se avvi sulla soluzione un dubbio, ciò che per altro non esiste, sarebbe questo il caso di determinarsi per la pubblicità dell'ipoteca, che forma il cardine su cui si raggira la gran macchina del nostro sistema ipotecario; giacchè i casi dell'esenzione dalla iscrizione cadono nella eccezione, e l'eccezioni debbono sempre restringersi piuttosto che estendersi.

Osservazione sugl' interessi dotali, e sulle spese per la domanda di separazione di beni.

231. È chiaro che la ipoteca legale dovendo aver luogo, esente da iscrizione per la dote, deve dirsi anche lo stesso per gl' interessi a contare dal dì in cui cominciano a decorrere. Ciò deriva dal principio generale che gl' interessi sieguono la sorte del capitale, e che l'ipoteca per gl' interessi prende il grado dell'ipoteca del capitale. Su di ciò, e particolarmente per gl' interessi della dote, io mi sono spiegato interpetrando nel cap. 1, sez. 2, §. 3, n.° 104 di quest'opera, l'art. 2151 del Codice civile.

Relativamente alle spese fatte per la dimanda di separazione de' beni, esse debbono avere l'ipoteca coll'istesso grado della dote. Le spese seguono sempre la sorte del principale, almeno nella nostra legislazione. L'art. 2148, §. 4 del Codice civile, fa cessare la diversità di giurisprudenza che all'oggetto teneva luogo antecedentemente al Codice. Le parole di questo articolo, *come la somma degli accessorj di tali capitali*, non si possono applicare che agli interessi ed alle spese. È in tal modo che han deciso senza veruna difficoltà i tribunali. Ebbi poi conoscenza di un decreto della Corte di cassazione, de' 13 novembre 1820, per una controversia elevatasi circa le spese fatte per un giudizio di separazione di beni (Vedi Denevers anno 1821, pag. 60). Ciò non ostante, la questione non è stata decisa, poichè la decisione impugnata, giudicò per

circostanze particolari delle quali io non debbo occuparmi, che non eravi ipoteca legale per la dote reclamata. In forza di questa decisione doveva dirsi lo stesso delle spese fatte per un giudizio di separazione di beni. La decisione venne annullata per la questione principale, che concerneva la legalità. La Corte di cassazione rinviò la questione secondaria all'istessa Corte che doveva decidere in merito; in modo che questa decisione non lede la questione secondaria, e bisogna attenderne la decisione ulteriore.

Ma porre le spese del giudizio di separazione nell'istesso grado della ipoteca della dote, pare che sia consentaneo a' principj. Tutto ciò che produce la conservazione e condanna dell'oggetto principale, partecipa dei privilegj che vi sono ammessi. Se altrimenti fosse, la dote della moglie si potrebbe trovare diminuita, e qualche volta annientata. Fu così che venne deciso, e per i motivi da me esposti, colla decisione della Corte reale di Riom, de' 4 marzo 1822, che ho riferita nel numero precedente. Questa decisione aggiudica anche alla moglie, col medesimo grado della ipoteca della dote, le spese d'una convenzione stipulata col marito, sul motivo che siffatta convenzione avea per oggetto la liquidazione dei suoi diritti, e la esecuzione della sentenza di separazione di beni ch'ella ottenne contra suo marito.

Dal fin qui detto resulta che se si trattasse di cose per le quali la moglie godesse un'ipoteca legale, ma sottoposta all'iscrizione, gl'interessi e le spese fatte per il giudizio di separazione o altrimenti, prenderebbero il grado dell'ipoteca del capitale, cioè rimonterebbero al giorno dell'iscrizione del capitale.

Qual' è mai l' ipoteca che può avere la moglie su i beni del marito per i suoi diritti estradotali? Qual n' è la natura? Quale ne è l' epoca?

232. Per formarsi una esatta idea dell'ipoteca che va congiunta a' diritti delle moglj su i beni dei loro mariti, resta ad esaminare se la moglie dee godere un'ipoteca legale per i suoi diritti estradotali, qual'è la natura di questa ipoteca, e a quale epoca rimonta.

Le leggi del Digesto non davano alla moglie l'ipoteca legale per la sua dote: si vede bene dunque ch'esse non l'accordavano per i suoi beni parafernali. Secondo la legge 9, *de jure dotium*, essa per i beni estradotali affidati al marito, e che egli negasse restituire, non aveva contro di lui se non l'azione introdotta dalle leggi contra i depositarj ed i mandatarj.

Depositi vel mandati agi poterit. La legge unica al Codice *de rei ux. act.* è la prima, come dissi, in virtù della quale Giustiniano accordò alla moglie l'ipoteca legale per i beni dotali; e l'istesso imperatore, cui particolarmente piacque di dare la maggiore estensione a' diritti delle mogli su i beni de' mariti, accordò loro, per effetto della legge *Si mulier*, al Codice *de pactis conventis de dote*, l'ipoteca legale per il ricupero de' capitali estradotali. Resulta da questa legge che se il contratto di matrimonio racchiudeva una clausola che costatasse che la moglie avesse affidati al marito beni parafernali, clausola della quale si vede un esempio nella legge 9, ff. *de jure dotium*, la moglie per il ricupero di questi beni dovea godere un'ipoteca a contare dal giorno del contratto di matrimonio, e che se questa clausola non si rinveniva nel contratto di matrimonio, doveva avere egualmente un'ipoteca legale, ma soltanto dal giorno in cui il marito aveva ricevuti quei beni. *Ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.*

Relativamente al Codice civile, il legislatore, negli art. 1575 e 1576, suppone che la moglie amministri essa stessa i suoi beni parafernali. Frattanto è possibile che per convenzione o senza, e del pari contra la volontà della moglie, il marito esiga capitali dovuti a costei, e che sarebbero per loro natura parafernali; non è quindi giusto che in tal caso la moglie non abbia un'ipoteca legale. Sarebbe lo stesso che metterla in una circostanza ben rigorosa obbligandola ad ottenere da suo marito un titolo che questi potrebbe negarle, oppure una condanna contro di lui. Tal' è ancora il resultato dell' art. 2121, come lo feci conoscere nei precedenti numeri. Questo articolo accorda indistintamente alla moglie un'ipoteca legale per tutt'i suoi diritti; ed io non saprei decidermi per l'opinione contraria che ne dà il sig. Planel, alla fine della dissertazione di cui già ho parlato. Perlocchè la Corte reale di Tolosa, nella decisione che ho citata, ammesse che la moglie gode un'ipoteca legale onde ripetere i beni estradotali dal marito, e il principio di tale opinione si attinge dall'art. 2121; e quest'istessa Corte ha egualmente con saviezza stabilito che tale ipoteca, quantunque legale, veniva sottoposta alla formalità dell'iscrizione, analogamente all'art. 2135 bene interpetrato.

Quindi la moglie in tal caso gode un'ipoteca legale, ma soltanto dal giorno in cui il marito ha ricevute le somme o i capitali. Questa limitazione riceve nuova forza dall'analogia che avvi fra questo caso e quelli enunciati nella 2.ª e 3.ª parte del §. 2 dell'art. 2135. Inoltre quest'ipoteca non prendendo il suo grado se non dal giorno dell'iscrizione, la moglie dee

soddisfare a queste formalità al più presto che si può, dopochè il marito ha ricevute le somme o capitali parafernali. Io passo più oltre ancora, e parmi non esservi difficoltà che quando il contratto di matrimonio, stipulato prima del Codice civile, racchiudesse una clausola con cui si fosse detto che, per capitali estradotali ricevuti in seguito dal marito, la moglie godrebbe, onde ripeterli, un' ipoteca dal giorno del contratto di matrimonio, ciò non pertanto per le somme ricevute dal marito dopo la pubblicazione del Codice civile, la moglie non può rappresentare ipoteca se non dal dì nel quale il marito le ha ricevute: tale sarebbe benanche il risultato della 2.ª e 3.ª parte del §. 2 di quest' art. 2135, senza che vi fosse difetto di retroattività. Questo deriva da due principj di diritto di cui mi occuperò in seguito, e che ricongiungonsi alle istesse regole.

La Corte reale di Riom, 1.ª camera, ha giudicato, uniformemente a questi principj, con decisione de' 5 febbraio 1821, che la moglie avea una ipoteca legale per le sue ripetizioni estradotali.

Ma l'esame della questione, se tale ipoteca legale era o nò libera da iscrizione, è inutile, giacchè, nella specie della decisione, la moglie erasi iscritta sopra i beni del marito antecedentemente al creditore che volea essere preferito. Questo creditore opponevasi alla legalità dell' ipoteca per le ripetizioni estradotali; ma nell' ipotesi dell' esistenza di questa legalità, egli presentava una questione utile a conoscersi, perchè fa meglio approfondare i principj della materia. Egli pretendea che almeno la moglie non potea prendere iscrizione per effetto d'una sua semplice assertiva di avere cioè suo marito ricevuto, nel corso del matrimonio, una somma o capitale estradotale, così dichiarato nel contratto di matrimonio, ancorch' essa non l'avesse affidato alla custodia di suo marito: essa l'avea posto nelle mani d'un terzo dalle quali il marito l'avea ritirato. Il creditore sosteneva che l'iscrizione dovea essere almeno sostenuta da un titolo che dimostrasse la riscossione fattane dal marito; e, nella specie, questo titolo non esisteva; in modo che la questione diveniva delicata.

Non sarebbe stato senza fondamento se nella specie si fosse detto a favore della moglie, ch'è nella natura dell' ipoteca legale, in questo caso, di non avere bisogno di titolo nè di sentenza: che la moglie potea sempre fare un atto conservatorio, il quale fosse sufficiente onde avvertire coloro che volevano contrattare col di lei marito, di stare in guardia, salvo in seguito a prendersi per parte del marito le necessarie misure per ottenere, se vi fosse luogo, la radiazione delle iscrizioni, mancando la quale la moglie resterebbe spesso esposta a perdere i suoi dritti

estradotali. Ma quello che appiana questa difficoltà, anzi la dilegua, è la circostanza che dopo i reiterati rifiuti del marito di riconoscere la somma da lui riscossa, per essersi elevato un giudizio all'oggetto, venne fatta una pruova dalla quale resultava di avere il marito riscosso il danaro estradotale, al di cui pagamento venne condannato con sentenza passata in cosa giudicata. L'iscrizione della moglie era stata presa pochi giorni dopo della pruova, ma prima della sentenza. La Corte reale credè ch'era impossibile di non attenersi e questa pruova giudiciale, che doveva avere la stessa forza d'un titolo per parte del marito, dalla quale stabilivasi la riscossione del capitale parafernale.

Ma quanto ho detto non concerne che i soli capitali di natura parafernali. Se fosse questione di frutti o rendite di questi beni esatte dal marito in virtù di procura datagli dalla moglie, col carico di renderle conto, in questo caso bisogna seguire sì fatto principio, e tal'è l'oggetto della limitazione che enunciai nel num. 229, cioè che l'ipoteca legale milita a favore della moglie per tutti i suoi diritti di qualunque natura. Un tal principio attingesi dall'art. 1577 del Codice civile. Ivi si prescrive che in tal caso il marito sarà tenuto verso la moglie *come qualunque altro mandatario*. Queste parole danno a conoscere qualunque esclusione d'ipoteca: e restano i soli mezzi con i quali può aversene una da qualsiasi mandatario. Era questo il punto di vista sotto il quale giudicava il sig. Tarrible l'indicato articolo nella sua opinione precedentemente riportata. Bisogna parimente osservare che, secondo la redazione della legge *si mulier*, non s'intese accordare l'ipoteca legale se non pei capitali estradotali della moglie, che il marito avrebbe riscossi. La parola *pecunias*, che si trova nel passo di sopra citato, ha relazione con quello di *sortis*, che precedentemente trovasi nel testo della legge. Si sa assai bene che se la moglie godesse un'ipoteca legale per i frutti e rendite di beni estradotali che sembrassero essersi percepiti dal marito, ne resulterebbero sovente delle frodi in danno dei creditori.

Dell'epoca dell'ipoteca della moglie per i capitali dotali, ricevuti dal marito durante il matrimonio.

233. Un decreto della Corte di cassazione de'4 gennaio 1815, riportato da Denevers lo stesso anno, pag. 112, giudicò una questione relativa alla data dell'ipoteca della moglie per un'esazione fatta da suo marito,

in di lei nome. Ma la specie e le circostanze non sono troppo noté per potersi dire che questo decreto sia utile in giurisprudenza.

Bisogna distinguere i casi ne'quali le decisioni dovrebbero essere diverse; ma io non mi occuperò ulteriormente di quello che riguarda la riscossione di capitali estradotali fatta dal marito, perchè ne ho già parlato.

Se fosse questione della riscossione fatta dal marito, durante il matrimonio, della somma costituita in dote alla moglie quando si maritò, non si può dubitare che in questo caso l'ipoteca legale rimonti all'istesso giorno del matrimonio, e non a quello della riscossione. La Legge 1, ff. *qui potiores*, ec. è precisa in tal caso: *Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis*. Intanto, è chiaro che questa decisione si riferisce particolarmente al caso in cui la dote, secondo il contratto di matrimonio, si dovrebbe sborsare all'istante e senz'alcun termine; e, quando dei termini vi fossero, potrebbe esser questione allora se l'ipoteca dovrebbe rimontare al contratto di matrimonio o al giorno dei pagamenti. La ragione di dubitare si è che secondo lo spirito di questa legge, come secondo quello della legge 1, al Codice *de dote cauta* ec., il marito, il quale obbligossi alla restituzione della dote, ch'egli non potè farsi pagare, si giudica come se non avesse obbligati i suoi beni antecedentemente all'effettivo pagamento, mentre l'ipoteca deve adempiersi contra il marito dal giorno dell'obbligazione di restituire, quando non derivò che da lui di avere la somma promessagli.

Ma secondo la nostra legislazione giammai si osservò questa distinzione, almeno per la dote. Siavi o nò un termine al pagamento, il contratto di matrimonio racchiude di diritto l'obbligo del marito di restituirla, e tutti i suoi beni vengono gravati dall'ipoteca legale dal giorno del matrimonio. L'art. 2135 del Codice civile accorda *alla dote* l'ipoteca legale libera da iscrizione. Ora tutto ciò ch'esiste al tempo del matrimonio è dote. Questa disposizione assoluta non permette di discendere alle distinzioni di diritto circa la sorte dell'ipoteca sottoposta ad obbligazioni condizionali. L'obbligazione di colui che promette la dote, anche a termine, produce ipoteca dal giorno in cui fu promessa, salvo a renderla efficace in virtù dell'iscrizione. Devesi dire lo stesso della restituzione per parte del marito, ma coll'esenzione dall'iscrizione a causa del privilegio della moglie. Vi dev'essere reciprocità, al dire di Coquille, circa l'art. 18 del capitolo 3 dello Statuto del Nivernese.

Quanto finora ho detto deve aver luogo per gli stessi motivi nel caso ove le somme riscosse dal marito durante il matrimonio derivassero da

titoli od obbligazioni di proprietà della moglie, e che le sarebbero state costituite in dote. Deesi portare l'istessa decisione per le restituzioni fatte al marito di canoni e rendite costituite, di proprietà della moglie, al momento del matrimonio. Se il marito avesse fatto prescrivere queste rendite, ne rimarrebbe responsabile verso la moglie; e per l'istessa responsabilità si godrebbe ipoteca dal giorno del matrimonio. Non si saprebbe concepire poi perchè non deesi fare la medesima applicazione al caso in cui avesse il marito in qualunque epoca riscossi i capitali.

La moglie non gode un'ipoteca, secondo l'art. 2135 del Codice civile, pel rinvenstimento dei suoi beni alienati, se non dal giorno della vendita. Non devesi perciò conchiudere che per i suoi capitali di rendite ricomprate, e riscosse dal marito, ella abbia l'ipoteca dal giorno di questa ricompra. Niuna analogia si rinviene fra un caso e l'altro. Quale n'è mai la ragione? Basnage, Trattato delle ipoteche, cap. 12, pag. 225 e 230, ediz. in 12, ne assegna una fondatissima. La ragione, dic'egli, della differenza fra queste specie di ricompre di rendite, ed il rinvestimento dei beni alienati, si è che la ricompra delle rendite appartenenti alla moglie, fatta da'suoi debitori, presso del marito, in qualità di amministratore dei beni di sua moglie, viene considerata come una vendita forzata, essendo sempre in facoltà del debitore di liberarsene, e non essendo punto in potere del creditore di ricusare la ricompra della rendita, mentre al contrario l'alienazione che fassi durante il matrimonio, per i beni della moglie, è volontaria e libera per parte sua, giacchè non si può fare senza il suo consenso. Questo scrittore quindi attesta ch'era d'un uso costante, nel parlamento di Parigi, che in tutte le graduatorie accordavasi alla moglie, per le sue rendite, l'ipoteca e l'istessa preferenza che se la dava per la dote, *di cui può dirsi che le mentovate rendite ne facciano parte, soprattutto quando esse appartenevano alla moglie prima del matrimonio.*

Sarebbe lo stesso, giusta il suddetto scrittore, pag. 230, il caso in cui la moglie avesse sottoscritta la quietanza congiuntamente a suo marito. « La firma della moglie sulla quietanza non arreca alcuna differenza, giacch'essa non è che una conseguenza di aver il marito ricevuto il denaro: ma non è un'alienazione della cosa fatta dalla moglie al debitore. La ricompra delle rendite non forma un'alienazione, ma solo una risoluzione del contratto, ed un ritorno delle cose nello stato primiero, giacchè dopo di ciò nient'altro vi resta della rendita. »

Ciò sarebbe soltanto allorchè le rendite provenissero da eredità devolute alla moglie, o da donazioni fattele durante il matrimonio, e dove le rendite

ciò non ostante fossero dotali (qual caso si verificherebbe se vi fosse stata una costituzione di dote di tutti i beni presenti e futuri): allora solo non vi sarebbe ipoteca legale esente da iscrizione, se non dal dì dell'apertura della successione, o dell'effetto della donazione. Devesi egualmente osservare che quando le rendite si fossero soddisfatte al marito, dietro l'apertura della successione o in seguito della donazione, l'ipoteca rimonterebbe a quest'epoche medesime; laddove dall'istante dell'apertasi successione o dell'effetto della donazione, le cose essendo dotali, il marito n'è divenuto l'amministratore, ed ha con ciò contratta una responsabilità pel tempo avvenire.

Se però fosse questione di capitali che all'epoca del matrimonio non erano di proprietà della moglie, ma che le perverrebbero soltanto in virtù di un nuovo diritto, come per effetto di qualunque azione rescissoria che avesse ella esercitata, e che avesse suo marito riscossi, l'ipoteca della moglie allora rimonterebbe al dì della riscossione fattane dal marito. A queste ripetizioni non si può attribuire un'ipoteca anteriore alla loro esistenza. La moglie non ha dunque ipoteca, a tal oggetto, che dal giorno della riscossione, la quale viene a costituire l'amministrazione e la responsabilità del marito: ciò che viene molto bene spiegato da Henrys, dietro alle leggi ed autorità ch'egli riporta nel lib. 4, cap. 34. Questa opinione prende nell'attuale nostra legislazione un nuovo grado di forza, almeno per analogia, con quel che si disse nella 2.ª e 3.ª parte del § 2 dell'art. 2135 del Codice civile. Deesi lo stesso dire tanto se i beni ricevuti dal marito siano estradotali, quanto se siano dotali, allorchè vi fosse stata una costituzione di dote di tutt'i beni presenti e futuri. Ma vi sarebbe quest'importante differenza, cioè che nel primo caso l'iscrizione non sarebbe necessaria, mentre che lo sarebbe nel secondo, partendo dal principio che credo doversi ammettere, che l'ipoteca legale per i beni estradotali non è esente dall'iscrizione.

In fine l'art. 1543 del Codice civile, prescrive, a differenza del diritto romano, che durante il matrimonio la dote non potrà essere nè costituita nè accresciuta: le convenzioni matrimoniali debbono essere regolate da un solo atto, che preceda la celebrazione del matrimonio. Così le somme ricevute a titolo di nuova costituzione o di aumento di dote, o a tutt'altro titolo, come quello di riconoscenza, o di *confessione* di dote (espressioni di cui taluni scrittori sogliono servirsi), non godranno l'ipoteca se non dal dì della riscossione fattane dal marito, con iscrizione o senza, secondo che saranno o nò dotali. Ma in quest'ultimi casi, la moglie deve sempre dimostrare da qual fonte le sieno queste somme per-

venute: *unde habuerit*; senza di che i creditori sarebbero in diritto di farlo rigettare, giacchè questi atti si potrebbero avere come fatti in frode de'loro crediti, o come donazione clandestine fatte alla moglie. Fu per questo motivo che la Corte reale di Tolosa, con decisione de' 23 dicembre 1818, Vedi Denevers anno 1819, pag, 29, al sup., ha rigettata una domanda fatta da una moglie ond'essere graduata per 60000 fr. che, con atto notariale, si dicea averli ricevuti il marito, durante il matrimonio, per conto di sua moglie, da uno zio di essa. La Corte si fondò sul motivo che non producevasi alcuna pruova della numerazione reale di tal somma. Ciò rientra nella classe delle circostanze di frode che fanno sempre eccezione alla legge. Del rimanente si può consultare Bretonnier sopra Henrys, *loco citato*, e Mathéus, *de afflictis*, decis. 402.

Delle difficoltà elevatesi anticamente, e che possono insorgere ancora sulla necessità dell' autenticità delle quietanze di dote.

234. Perchè si possano formare idee ancor più precise circa gli effetti delle quietanze delle doti delle mogli, rilasciate dal marito, in ordine all'ipoteca che deve risultare sopra questi beni, è indispensabile di conoscere le difficoltà elevatesi all'oggetto assai prima del Codice civile, e che potrebbero elevarsi benanche sotto l'impero di questo Codice, perchè esso non contiene sopra di ciò regole fisse.

I pagamenti della dote, dovevano forse essere provati con quietanze? Queste quietanze dovevano essere fatte con atto autentico, o dovevano in altro modo ricevere l'autenticità *sotto pena di nullità?* Nell'affermativa, la moglie doveva ella perdere la sua dote, almeno a fronte dei creditori del marito, che concorrevano con essa? Sono queste le controversie agitatesi da lungo tempo ne'tribunali, ed intorno alle quali noi non temiamo di dire di esservi stata una lunga abberrazione di principj.

Ciò che aveva fatto nascere queste difficoltà era da un lato la disposizione dell'art. 130 dell'Ordinanza del 1529, ove è detto: « Ogni quietanza di dote sarà passata avanti notaro, *sotto pena di nullità, relativamente a'creditori soltanto*; » e da un altro lato la disposizione d'una Dichiarazione del 6 marzo 1696, che esigeva che le quietanze di dote fossero passate avanti notaro.

Circa l' Ordinanza del 1629, sostenevasi che in molti parlamenti del regno, e particolarmente nella giurisdizione del parlamento di Parigi, que-

st' Ordinanza, non aveva mai avuto forza di legge (1). Per quel che riguarda la Dichiarazione del 1696, questa combattevasi, perchè era d'un carattere finanziere, e perchè d'altronde essa non pronunciava la pena di *nullità*, e che le nullità non si suppliscono. Dicevasi inoltre che per quel che concerneva la *nullità*, s' impugnavano ad un tempo non solo l'Ordinanza del 1629, ma benanche la Dichiarazione del 1696. Si diceva che questa Dichiarazione essendo posteriore all'Ordinanza del 1629, e che non avendo pronunziate la pena di *nullità*, ne avveniva una derogazione a quell' Ordinanza. Questi ultimi mezzi intanto erano in sè stessi troppo deboli. Difatti, se la Dichiarazione del 1696 non diceva espressamente *a pena di nullità*, essa pronunziava questa penale, almeno virtualmente, giacchè nell' art. 8 dicevasi che .... le quietanze della dote, e le ricevute rilasciate per la medesima si sarebbero fatte innanzi notaro, *a pena di essere privato dei privilegi ed ipoteche*. Ma ciò che distruggeva la forza di queste due leggi si era di essere così mal concepite, che non era possibile ch' esse fossero osservate litteralmente senza commettere evidenti ingiustizie, ed impedire che cadessero in disuso.

Difatti si volevano evitare le frodi prescrivendosi l'autenticità della quietanza della dote: ma la moglie doveva forse restare vittima per non aver potuto presentare questa quietanza? È chiaro che spesse volte il marito avrebbe potuto negarle la quietanza, o la ricevuta di ciò che aveva riscosso per conto di lei, da terze persone o da lei stessa. In tal caso la perdita della sua dote era una conseguenza intorno alla quale non poteansi chiudere gli occhi. Inoltre l' autenticità della quietanza era forse un mezzo per evitare le frodi? Una quietanza fatta con atto innanzi notaro poteva essere simulata come qualunque scrittura privata. Conveniva quindi ricorrere sempre ai mezzi di verificare se, per le circostanze, eravi o nò stata frode. Conveniva ancora ammettere le prove, non esclusa la testimoniale, onde si stabilisse la recezione fatta dal marito delle cose di proprietà della moglie, e la realtà di esse.

Intanto scrittori valentissimi credevano per la rigorosa osservanza dell' Ordinanza del 1629 e della Dichiarazione del 1696, e particolarmente Dunod de Charnage, *Trattato delle prescrizioni*, part. 2, cap. 8, pag. 180. Accadeva lo stesso in altre Corti: il principio era modificato da altre. Ma

(1) Veggasi quel che ho detto su questo riguardo in nota sul n.° 14. Ciò che ho esposto trovasi egualmente confermato nel racconto dei mezzi opposti contro la decisione del 1781, di cui si fa parola nella nota seguente.

dalla giurisprudenza ch'esse formarono non ne resultano idee assai chiare. Se ne rimane convinto consultando le decisioni riportate intorno a tale questione nel Repertorio di giurisprudenza alla parola *Dote*. §. 3. Finalmente questa giurisprudenza acquista stabilità, e molto maggior chiarezza per una celebre decisione all'oggetto resa dal parlamento di Parigi de' 3 settembre 1781. Questa decisione fece tanta impressione e rettificò talmente le idee, che credo doverla mettere sotto gli occhi de' lettori in nota (1).

(1) Io conosceva questa decisione dal racconto che ne fa Roussille, *Trattato della dote*, in una addizione alla pag. 201 del tomo 2 ch'egli poi trasporta alla pag. 367, dell'istesso tomo, prima che avessi osservato ch'essa veniva anche riportata nel Repertorio di giurisprudenza, *loco citato*, n.° 7. Scelgo quella riferita dall'autore del *Trattato della dote*, per essere assai più breve. Intanto, all'occorrenza, si può consultare quella del Repertorio.

Ecco ciò che dice Roussille, il quale annunzia la specie della decisione ed i mezzi impiegati dall'una e dall'altra parte.

« La sig. Guerin de Villeneuve, maritata nel 1755 col sig. Cudel cavaliere dell'ordine di » S. Luigi, avendo fatto, nel 1773, pronunziare la separazione de'beni, e la restituzione de'suoi » diritti dotali, i sigg. Guicton, Trecourt e Pernin, creditori del marito, pretesero annullare » la quietanza della dote, sottoscritta nel 1766, perchè fatta con *iscrittura privata durante il* » *matrimonio*; e sostennero che la dote non era stata pagata, o che, se l'era stata, la signora » de Villeneuve aveasi preso il denaro, e non poteva più riprenderlo, in virtù del giudizio di » separazione da'beni di suo marito. Essi cumulavano circostanze e presunzioni di frode, » talchè sull'appello prodotto contro una sentenza del baglivo di Macon, venne profferita » decisione, a' 29 agosto 1778, dalla seconda camera di appello, sul rapporto del sig. De Tan- » lay, che rinviò le parti al baglivo onde esaminare le opposizioni circa la nullità della quie- » tanza della dote, giacchè un incidente di forma non permise di giudicarsi diffinitivamente » nel merito ».

» Una sentenza, con data de'13 giugno 1780, giudicò intanto la validità della quietanza, » ed aggiudicò la restituzione della dote e convenzioni matrimoniali. Se ne produsse appello, » col quale i creditori sostennero che la decisione del 1778, era un giudicato dal quale il » baglivo non potevasi allontanare; ch'essa piuttostochè porre al sicuro la quietanza dai » sospetti di frode che la circondavano, questi sospetti in vece non prendevano che nuova » forza; che la nullità d'una carta di questa natura presunta fraudolenta in se stessa quando » si fa *constante matrimonio*, era bensì formalmente pronunciata dall'art. 130 dell'Ordi- » nanza del 1629 registrata così nel parlamento di Parigi, avanti al quale le parti litiga- » vano, come in quello di Digione nella di cui giurisdizione gli sposi avevano contrattato, » ed avevano il loro domicilio non che i beni sottoposti all'ipoteca della dote. S'invocava » egualmente la Dichiarazione de' 19 marzo 1696, e si citarono Louet, Papon, Basset, Expilly, » Bacquet, ed il Dizionario delle proprietà, come quelli che ponevano per massima incon- » trastabile che le quietanze della dote fatte con iscrittura privata, erano nulle in faccia » a'creditori. Ecco i mezzi sviluppati in due memorie impresse dal sig. Charpentier di Beau- » mont, avvocato de'creditori ».

» Il sig. Robin di Mozas, incaricato della difesa di questo appello per parte della sig. de » Villeneuve, rispondeva che il pericolo da lei corso di perdere la sua dote, era la conseguenza

Ne risulta, che bisogna abbandonare i principj desunti dall'Ordinanza del 1629 e dalla Dichiarazione del 1696. Conviene seguire ciò che dicea Denisart, alla parola *dote*, n.° 57, anche dopo di aver citate moltissime decisioni profferite intorno a tale questione. « Queste diverse decisioni,

» d'una cattiva difesa che aveva dato alle opposizioni dei creditori un chiaro vantaggio, non » che un'occasione alla decisione del 1778; ma che la Corte ritornerebbe facilmente alla verità quante volte questa si fosse presentata nel suo vero espetto, e si fosse posto sotto » a'suoi occhi un quadro fedele de'fatti e degli atti che le si erano fatti ignorare. Bisogna » distinguere, egli dice, il caso nel quale il contratto di matrimonio contiene, come nel » nostro, la promessa d'una dote certa, con un termine al pagamento, e nel quale vedesi » una quietanza, rilasciata dal marito per effetto di tal contratto, quando i debitori della » dote gliela pagano, e soddisfanno la loro obbligazione; dal caso nel quale il contratto di » matrimonio non racchiudendo nulla di simile, il marito dichiara, durante il matrimonio, » di avere ricevuta una certa somma per la dote di sua moglie: in questo caso potrebbesi » presumere una liberalità mascherata fra'conjugi, ed un mezzo inventato onde frodare i » creditori, e procurare di togliere alla moglie un mezzo su i beni di suo marito. Allora » si sarà nella necessità di mostrare a'creditori qual'è stata l'origine della dote e donde i » denari sono stati presi; eleverassi la questione *unde mulier habuit*, e non potendosi di» mostrare la verità e sincerità della quietanza, sarà tenuta per fraudolenta, e nulla relati» vamente a'terzi che non hanno avuto parte alle frodi.

» Ma la specie è differente: la madre della sig. de Villeneuva costituì e costei nel con» tratto di matrimonio una determinata somma, della quale ella promette di corrispondere » l'interesse sino al pagamento che riserbasi di fare in tutto o in parte quando le perver» ranno de'fondi o col mezzo di vendita, o col mezzo di restituzione di capitali. Gli atti » provano che questi due avvenimenti si sono verificati, e che appena la madre ebbe i » mezzi pagò al marito l'intera dote promessa, e si contentò avere una quietanza con iscrit» tura privata, anche assai particolarizzata, e forma una specie di transazione fra la suocera » ed il genero. Perciò il contratto di matrimonio, gli atti ed i documenti dai quali è di» mostrato il modo in virtù del quale la debitrice si procurò i fondi necessarj per la sua » liberazione, formano una catena di pruove che stabiliscono in una sol volta l'origine del » denaro servito onde soddisfare la dote, la sincerità della quietanza, e la certezza della sua » data; ciocchè esclude qualunque supposizione di frode, di simulazione, o di mascherata » liberalità. Dopo tutto ciò è assurdo il dire che la moglie siasi impadronita del danaro » della dote, o l'investigare l'impiego fattosene. Basta rispondere che la moglie che si trova » sotto l'autorità del marito, non deve dare alcun conto; il marito la riceve, e quand'anche » fosse stata la moglie si presumerebbe che sia stato il marito quello che s'impadronì di » diritto *tanquam potentior* de'denari della dota ».

» Quindi nell'ipotesi precisa in cui la contestazione si presenta, la quietanza con iscrit» tura privata è tanto valida per quanto lo è quella con atto pubblico: tal'è la distinzione » essenziale fatta da Basnage, dal famoso Coquille, da Vaslin, Brillon, Bretonnier, Augeard, ec.: » essa sola può rispondere alle autorità citate nelle memorie degli avversarj ».

» In seguito anche si discutevano, e se ne faceva conoscere la loro inapplicabilità: ri» spondevasi all'art. 130 dell'Ordinanza del 1629, dicendo che dalle testimonianze di Brillon » e Bretonnier, rilevavasi che quest'articolo non eseguivasi neanche ne'tre o quattro par» lamenti ch'erano stati nella necessità di registrare quest'Ordinanza; che la Dichiarazione

dicea egli, comprovano che tali specie di cause derivano molto dalle circostanze, non essendovi regole certe che le diffiniscano ». L'autenticità della quietanza della dote è indifferente. Le quietanze, autentiche o private, sono esse sincere? Possono esse essere reputate fraudolenti relativamente a' creditori dietro alcune circostanze di frode che venissero allegate? Ecco il punto essenziale. L'esistenza di qualsiasi quietanza, o ricognizione, non è sempre necessaria. La giustizia deve proteggere la moglie che non potè procurarsela. Essa vi può supplire con pruove testimoniali, non trattandosi di convenzioni, ma di fatti la di cui certezza iscritta è sovente indipendente dalla sua volontà. Finalmente gode una ipoteca su i beni di suo marito per le sue ripetizioni liquidate e stabilite in un modo qualunque. L'epoca alla quale rimonta l'ipoteca deve essere determinata secondo che queste ripetizioni fossero esistite in tempo che si contrasse il matrimonio, o dall'apertura di qualche eredità devoluta alla moglie, o dalla donazione fattale durante il matrimonio. Finalmente l'ipoteca par queste ripetizioni è esente da iscrizione, oppure sottoposta a questa formalità giusta il loro carattere dotale, o estradotale analogamente a' principj da me già sviluppati nella presente sezione.

Onde sostenere quello che dissi, si possono dedurre delle induzioni da due decreti della Corte di cassazione, l'uno del 1.° febbraio 1816, l'altro de' 16 luglio 1817, riportati nella 3.ª edizione delle *Questioni di diritto* del sig. Merlin, alla parola Ipoteca, § 3, num. 3. Col primo la Corte di cassazione ha rigettato un ricorso prodottosi contro una decisione della Corte

» del 1696 non era che una legge finanziera, la quale niente stabiliva circa le quietanze » della dote; che il Dizionario delle proprietà era stato fatto col medesimo spirito di fiscalità, e che avrebbe assoggettato ad un controllo le più piccole obbligazioni de' cittadini; » che la citazione di Denisart, il quale non fa che riferire l'Ordinanza del 1629, senza » parlare de' reclami di tutt'i parlamenti, non aveva più vigore; e passavasi quindi a far » conoscere il vero senso dell'Ordinanza. Facevasi del pari conoscere che la moglie non poteva essere pregiudicata perchè piacque alla madre ed al marito di contentarsi d'una » quietanza con iscrittura privata; che se fosse stato anche possibile di annullare questo titolo, la moglie non per ciò non poteva ricorrere sopra i beni del marito, il quale non » potrebbe giammai contraddire la sua propria quietanza, e che l'ipoteca di quest'azione, » rimontando all'epoca del matrimonio, produrrebbe il medesimo effetto, ed escluderebbe » quindi i creditori i più antichi di data, i quali vantavano una data posteriore all'istessa » quietanza della dote. Si passava quindi a rigettare tutte le particolari presunzioni di frode » da essi opposte. Su di questi mezzi di difesa, nell'istessa camera, sopra il rapporto dell'istesso magistrato, venne profferita la decisione in data de' 3 settembre 1781, la quale » conferma la sentenza, e condanna i creditori a tutte le spese del giudizio a favore di essa » sig. de Villeneuve.

reale di Caen, fondandosi sul motivo che « il contratto di matrimonio della signora Savary non era stato preso in considerazione in quanto all'ipoteca, che erasi fatta risultare unicamente dalla disposizione della legge, ma soltanto onde stabilire *la consistenza delle somme ed effetti mobiliari da essa recati a suo marito*; che per tal riguardo il contratto di matrimonio, quantunque fatto con iscrittura privata, e registrato dopo la pubblicazione del Codice civile, avea potuto comparire sufficiente a dimostrarli, perchè esso ne racchiudeva la particolare descrizione, e perchè la sua data, anteriore alla pubblicazione del Codice, era divenuta certa per la morte di una delle parti sottoscritte, avvenuta antecedentemente a questa pubblicazione; di più, perchè nella decisione impugnata decidevasi che non si era allegato *alcun fatto fraudolento* contra le stipulazioni d'un tal atto; e che finalmente i diritti della signora Savary erano stati riconosciuti, sia con la sentenza di separazione di beni da essa ottenuta contra suo marito, sia con atto di liquidaziene stipulato innanzi notaro a' 21 settembre 1811 ».

L'applicazione di quest'istessi principj con i quali bisogna decidersi la controversia, trovasi ne' motivi della seconda decisione, già da me citata in questo trattato, per un'altra questione così giudicata. « Attesochè la questione elevatasi tra le parti concerne due quietanze prodotte dalla moglie Goblot, onde stabilire i suoi rapporti, quietanze non istipulate innanzi notaro; e che all'oggetto, da una parte le leggi citate (vale a dire la Dichiarazione del 1696, ed una Dichiarazione uniforme degli 11 dicembre 1703, relativa alle funzioni dei notari in Normandia), non hanno per oggetto se non di *prevenire le frodi che si potrebbero commettere in danno de' terzi* (poichè la questione non può in fatti elevarsi relativamente al marito o suoi eredi); che dall'altra parte la decisione impugnata fa menzione che le quietanze non offrono alcun indizio di dolo; che difatti niuno n'è stato allegato; e finalmente che quelle quietanze sonosi ricordate nell'atto di divisione fatto innanzi notaro, a' 28 vendemmiaio anno 13, dietro la morte del padre della moglie Goblot, ciocchè ha impresso ad esse quel carattere di pubblicità necessario onde assicurare la giustizia ».

Modificazioni dell'ipoteca legale relativamente alle mogli dei falliti.

235. Le regole relative all'ipoteca legale delle mogli, stabilite dal Codice civile, ricevono forti modificazioni dal Codice di commercio in

quanto alle mogli i di cui mariti son caduti in fallimento. Queste modificazioni formano la materia degli articoli 544 a 557 del Codice di commercio.

Le disposizioni di questi articoli sono talmente precise, ch'è difficile il credere che possano elevarsi delle difficoltà circa la loro esecuzione. Non credo dunque dover ivi trascrivere questi articoli, limitandomi a rinviare ad essi. Del rimanente, il signor Tarrible *Rep. di giurisp.* alle parole *Iscriz. ipot.*, §. 3, num. 13, sviluppò il senso di questi articoli, e lo fece in un modo tanto sicuro, che io non potrei far altro se non copiarlo, il che sarebbe senza dubbio inutile.

Questioni importanti circa l'art. 2135 in rapporto alla retroattività, respettivamente a' terzi, ed alla donna maritata prima del Codice civile.

236. Quanto ho detto circa l'art. 2135, non basterebbe senza dubbio onde ben comprenderne il senso. Esso ha dato luogo a gravi difficoltà intorno alle quali è indispensabile di formarsi idee giuste. Queste difficoltà esistono sotto tre rapporti.

1.° Cosa mai resulta da quest'articolo in quanto a' terzi i quali avessero acquistati de' diritti sopra i beni del marito prima della promulgazione del Codice civile?

2.° Qual'effetto possono avere le disposizioni d'un tal articolo per le donne maritate prima di quest'istessa pubblicazione?

3.° Se il mentovato articolo non deve aver forza retroattiva relativamente a' terzi, non è forse giusto che non ne abbia la donna maritata prima del Codice civile?

Prima questione. Spiegazione dell' ultima parte dell' art. 2135.

237. *Prima questione.* — L'art. 2135 termina con quest'espressioni: « In nessun caso la disposizione del presente articolo non potrà pregiudicare alle ragioni acquistate da terze persone prima della pubblicazione del presente titolo ». Questa parte dell'articolo applicasi in primo luogo a' creditori del marito, i quali prima del Codice civile, ed in seguito sotto l'impero della legge di brumaio anno 7, avessero presa iscrizione sopra i beni di quest' ultimo, mentre che la moglie non ne avesse presa per i suoi diritti. Si sa che secondo la citata legge, art. 2, 3, 21, 22 e 23, le ipoteche delle mogli, quantunque maritate prima di questa legge, erano sottoposte all'iscri-

zione, malgrado che fossero legali; talchè se, sotto l'impero di questa legge esse non si fossero iscritte, o se l'iscrizione presa, dopo la pubblicazione di quest'istessa legge, fosse stata posteriore alle iscrizioni prese da' creditori del marito, questi erano preferiti alla moglie. Ora è un tal vantaggio acquistato dai creditori, che il legislatore ha conservato. Egli volle che l'art. 2135, che esenta l'ipoteca della moglie dalla formalità dell'iscrizione, per i diritti in essa enunciati, non avesse effetto retroattivo. È per un tal motivo che la Corte reale di Parigi, con decisione dei 19 agosto 1808, riferita da Sirey, anno 1809, 2 part., pag. 23, giudicò a favore d'un creditore diligente, e contro una moglie che avea trascurato, sotto l'impero della legge di brumaio, d'iscriversi, anche in caso di sua sopravvivenza.

Seconda questione. Effetto dell'art. 2135 *relativamente alle donne maritate prima della promulgazione del Codice civile.*

238. *Seconda questione.* — Ma trattandosi al presente dell'interesse delle mogli, bisogna badare al senso ed all'ultima parte dell'articolo, di cui ho di già riportate le parole. Egli è ben evidente che questa parte dell'articolo concerne le donne maritate prima della promulgazione del Codice civile, e perciò è egualmente chiaro che il legislatore ebbe in mira le mogli che si trovavano in tal caso, sia che il loro matrimonio si fosse contratto vigente la legge di brumaio, sia prima di quest'epoca. La disposizione dell'art. 2135 è dunque divenuta comune a tutte le donne che erano maritate all'epoca della pubblicazione del Codice civile; donde ne deriva che le une e le altre hanno avuto il beneficio dell'ipoteca legale per le cose enunciate nell'articolo, ed a contare dall'epoche ivi stabilite giusta la natura di queste diverse cose.

Si può dire che, per tutte le donne già maritate al tempo della promulgazione del Codice civile, l'art. 2135 ha tenuto luogo d'iscrizione sopra i beni de'loro mariti, senza che alcuna sia stata realmente presa, qualunque fosse l'epoca del loro matrimonio, e qualunque sieno state le disposizioni delle leggi anteriori al Codice civile circa il modo di conservare i loro beni. L'articolo 2135 ha fatto rimontare l'ipoteca legale di tutte le donne maritate, e prima e dopo del Codice civile, all'epoca del matrimonio, per la dote e le convenzioni matrimoniali; e, per gli altri oggetti, all'epoche indicate in quest'articolo. La sola differenza che vi si porta si è, che per le donne maritate prima del Codice civile i creditori del marito, che aveano acquistati de'diritti in virtù delle iscrizioni prese sotto l'impero

della legge di brumaio, avendo le mogli trascurato di prenderle sotto l'impero della medesima, quantunque se ne fosse loro imposta l'obbligazione, hanno conservati questi diritti. È chiaro che non avvi in ciò verun vizio di retroattività, del quale si possano lagnare i creditori, giacchè il diritto di coloro che furono diligenti è conservato; ed il diritto di coloro che non aveano presa iscrizione resta l'istesso: debbono imputare a sè stessi se non presero iscrizione quando potevano utilmente farlo. È egualmente chiaro che la sorte del marito debitore non è punto aggravata, mentre in tutti i casi egli deve pagare quel che deve, ed il suo debito è sempre lo stesso. Tal'è il senso col quale sonosi ragionevolmente espressi i signori Tarrible, *Rep. di giuris.* alle parole *Iscriz. ipot.* §. 3, num. 12; e Chabot (de l'Allier) *Quest. trans.* tom. 2, pag. 61 e seg.

È questa egualmente la direzione data alla giurisprudenza. Una simil questione venne così giudicata da una decisione della Corte di appello di Brusselles, a'24 dicembre 1806, da un decreto della Corte di cassazione degli 8 novembre 1809, e si adottano le medesime idee in una decisione della Corte reale di Colmar, de'31 agosto 1811. Nella specie di quest'ultima decisione i creditori aveano contratto col marito, vigente la legge di brumaio, durante la quale la moglie non avea presa iscrizione. Essi non eransi neppure iscritti, e pretendevano aver creduto di poter contrattare, giacchè non doveano supporre che la moglie avesse avuta un'ipoteca se ella non si era fatta iscrivere. Ciò formava una cattiva interpretazione, giacchè questa non prescriveva alla moglie la formalità dell'iscrizione onde farle acquistare un diritto, ma soltanto onde conservarlo in preferenza dei creditori del marito che avrebbero potuto farsi iscrivere. Non doveasi prendere che un'iscrizione per parte di questi creditori onde assicurare la loro ipoteca in preferenza di quella della moglie; e questa iscrizione non esistendo, il diritto della moglie era rimasto intatto in virtù dell'articolo 2135, che per essa equivalse ad un'iscrizione, come se fosse stato conservato da un'iscrizione ch'ella avesse presa, non prendendone alcuna i creditori del marito, o avendola presa dopo di essa. In fine gli stessi principj vennero confermati da un altro decreto della Corte di cassazione de' 12 di marzo 1811, il quale, come dovea esserlo, le dichiarò comuni a' minori relativamente a' loro tutori (1).

Ma questo decreto è ben importante. La specie si era che taluni minori, creditori del loro tutore prima del Codice civile, reclamavano la loro

(1) Per queste quattro decisioni si riscontri Denevers, anno 1807, pag. 45 *supp.*; anno 1809, pag. 475; anno 1811, pag. 228; ed anno 1812, pag. 25 *supp.*

ipoteca sopra i beni di questo tutore. Essi non eransi iscritti; lottavano contra gli amministratori di un ospizio il quale reclamava un' ipoteca sopra i beni dell' istesso individuo, che figurava come contabile in faccia a quest' ospizio. Questi amministratori avevano egualmente un' ipoteca legale, ma col carico dell' iscrizione ch' essi non presero. Il decreto accolse il reclamo de' minori la di cui ipoteca era fondata sull' articolo 2135 del Codice civile a preferenza di quello degli amministratori. Talchè il risultato del decreto si è che, il creditore con ipoteca legale, ma coll' obbligo di dover prendere iscrizione, e che non lo fece, dev'esser considerato in faccia a' minori, ciò che si può egualmente dire della moglie, come ogni altro creditore ordinario che non ha presa iscrizione vigente la legge di brumaio.

Come decidersi in taluni casi, quando la legge, sotto il cui impero la donna si è maritata, fissa l'ipoteca in un modo diverso da quello dell'art. 2135 del Codice civile.

239. *Terza questione.* Ma se le disposizioni dell'art. 2135 non devono avere effetto retroattivo contra i terzi, relativamente a' diritti da essi acquistati, non deve averlo nè anche contra la donna maritata. Questo ha bisogno di spiegazione per intendersi. Nel num. 227, ove ho sviluppato il senso dell' art. 2135, ho detto che la limitazione stabilita nella 2.ª e 3.ª parte del secondo paragrafo di quest' articolo circa l' epoca a cui rimontava l' ipoteca della moglie per l' eredità a lei devolute, per donazioni fattele, per l' indennità di debiti da lei contratti unitamente a suo marito, e pel rinvestimento del prezzo de' proprj beni alienati, era contraria a certi statuti della Francia e ad una giurisprudenza costantemente stabilita nella giurisdizione di alcuni parlamenti; che questi statuti e la giurisprudenza de' mentovati parlamenti facevano rimontare, contra tutti i principj, l' ipoteca della moglie, per tutte queste ripetizioni, sino all' epoca del matrimonio, ancorchè queste ripetizioni fossero state originate durante il matrimonio. Ora per le donne maritate giusta questi statuti, o nella giurisdizione di questi parlamenti, si dovrà forse seguire, in ciò che riguarda la limitazione della data della ipoteca, le disposizioni dell' art. 2135? Sarebbe forse questo un cadere nel vizio della retroattività, che deesi evitare?

Erasi ammesso come principio che, per tutto quello che concerneva la conservazione de' diritti delle mogli, la natura ed i privilegj congiunti ai beni che loro pervenivano durante il matrimonio, alla loro capacità, sia

in quanto all'alienazione de' loro beni, sia per la rinuncia de' loro diritti ed ipoteche, faceva d'uopo regolarsi colla legge sotto il cui impero le donne eransi maritate, oppure con quella legge dalla quale col contratto di matrimonio erasi detto di voler essere regolate. Era egualmente ricevuto che quanto concerneva queste cose doveva essere subordinato alle convenzioni racchiuse nei loro contratti di matrimonio, purchè non avessero nulla di contrario a' buoni costumi e alle leggi proibitive. Mi spiegherò in seguito relativamente alle alienazioni de' beni, o alla rinunzia ad azioni, o ad anteriorità d'ipoteche per parte delle donne maritate prima del Codice civile; ma per ora, limitandomi a ciò che forma l'oggetto della 3.ª parte, del §. 2, dell'art. 2135, esaminerò (in ciò che concerne le donne maritate vigenti gli statuti, oppure sotto l'impero di una giurisprudenza la quale aveva adottati principj contrarj a quelli del Codice civile) in qual modo vi possa essere retroattività limitando le ipoteche legali all' ipoteche indicate in questa 3.ª parte, per i diritti de' quali si fa parola.

Bisogna distinguere due casi: il primo se l'obbligazione contratta dalla moglie, oppure la vendita de' suoi proprj beni fatta unitamente a suo marito, fossero anteriori alla promulgazione del Codice civile. Il secondo in cui l' obbligazione o la vendita fossero posteriori a questa promulgazione.

Nel primo caso è pur troppo evidente che i diritti i quali dovevano ricadere alla moglie, secondo gli statuti e la costante giurisprudenza sotto l' impero delle quali erasi maritata, oppure secondo le convenzioni stabilite nel contratto di matrimonio, si debbono avere come diritti acquistati da lei. Ella quindi non potrebbe esserne privata senza retroattività, anche quando si presentasse sotto l' impero del Codice civile onde ripetere i suoi diritti sopra i beni di suo marito, e durante il matrimonio. Ma bisogna riflettere che se la moglie, la quale trovasi in tale circostanza, non si fosse fatta iscrivere per la conservazione di questi stessi diritti sopra i beni di suo marito, durante l'impero della legge di brumaio anno 7, e se le altre iscrizioni fossero state prese da' creditori del marito, questi vincerebbero colle loro l'ipoteca della moglie. Questi diritti non sono d'una natura diversa da quella della dote, e delle competenze matrimoniali; ed in tal caso, come ho fatto osservare relativamente alle convenzioni matrimoniali, l'anteriorità dei creditori iscritti sarebbe incontrastabile.

Nel secondo caso possono esservi maggiori difficoltà. Difatti si sa quanto delicate sieno le questioni di retroattività, allorchè si elevano su diritti

che si aprono sotto una legge che li regola, ma che si trovano in opposizione a leggi e convenzioni precedenti, alle quali questi diritti istessi hanno correlazione, e che presentansi come se dovessero sempre regolarli, qualunque avvenimento possa loro avvenire. Ma sembrami parimenti certo, che quando i diritti in questione si aprono o si realizzano dietro la promulgazione del titolo del Codice civile *sopra i privilegi e le ipoteche*, cioè, quando l'obbligazione, della moglie, o la vendita da lei fatta, sono posteriori a questa promulmagione, le ripetizioni della moglie si debbono regolare coll'art. 2135, il che non significa dargli un effetto retroattivo. Che cosa fa questo articolo 2135 per questa parte? Non altro che sostituire una legislazione nuova e saggia, ad una legislazione antica e riconosciuta come difettosa. Esso non riforma soltanto un abuso per l'avvenire, ma lo arresta, e proibisce che dal passato non cada sull'avvenire. Esso l'abbatte dai fondamenti, quando non è ancora consumato, e non ha potuto acquistare un diritto. È precisamente nel solo caso di un diritto acquistato, e che si vorrebbe distruggere, che vi sarebbe retroattività: ma non ve ne potrebb'essere, quando i diritti colpiti dalla nuova legge si verificano vigente la medesima, a meno che il legislatore non abbia data una regola diversa in ciò che concerne l'avvenire, il che nella presente occasione non è stato fatto. Se non si ammettese questo principio, si vedrebbe per più generazioni camminare l'abuso a fianco della regola, e l'ingiustizia al fianco della giustizia. L'abuso consumato non è più in potere del legislatore: ma quello che non lo è, rientra nella regola nuovamente stabilita. Se non ci si arrestasse a quest'idea, si vedrebbero delle retroattività in tutt'i cambiamenti operati dalla nuova legislazione civile, quantunque non ve ne fossero. Osservasi egualmente che nel caso in questione eravi una legislazione fondata anch'essa sopra d'una retroattività: ma quale retroattività! Essa avea per risultato di preferire la moglie o i terzi, *ex post facto*, a creditori molto anteriori, e spesso pel fatto medesimo della moglie, ed oggetto di favorire il marito.

Quando la moglie si obbliga con suo marito, dopo il Codice civile, la sua ipoteca, per la sua indennità, viene ella regolata dal Codice, o dalla legge in vigore al tempo del matrimonio?

240. Passiamo alla giurisprudenza finora conosciuta circa questa questione di retroattività. Ecco la specie d'una decisione della Corte reale d'Angers, de' 29 agosto 1814. Una donna avea contratto matrimonio, ai

23 ventoso anno 2, sotto l'impero dello Statuto di Parigi. Secondo questo Statuto, e le condizioni del suo contratto di matrimonio, che ne ripeteva le disposizioni, ella doveva avere un'ipoteca sopra i beni di suo marito, a contare dal giorno di questo contratto, per la sua indennità de'debiti ch'ella avrebbe forse potuti contrarre unitamente a lui. Il marito, a'30 marzo 1811, contrasse un'obbligazione di 30,000 fr. a favore del signore Lourry, il quale s'iscrisse nel dì 5 aprile seguente. Il 1 luglio dello stesso anno 1811, il marito formò nuova obbligazione di 30,000 fr. a favore del sig. Barthélemy. Per questo debito la moglie obbligossi solidalmente col marito, e surrogò il sig. Barthélemy all'ipoteca che le veniva assicurata dal contratto di matrimonio alcuni beni di suo marito essendo stati venduti, ed essendosi aperto un giudizio di graduatoria, elevossi la questione se il sig. Barthélemy, in qualità di surrogato all'ipoteca della moglie dovea essere preferito al sig. Lourry. Il sig. Barthélemy fondava la sua preferenza sullo Statuto di Parigi, nel quale la moglie, ch'egli rappresentava, dovea avere un'ipoteca sopra i beni di suo marito, a contare dal giorno del suo contratto di matrimonio, per la indennità delle obbligazioni che ella avrebbe potuto contrarre con quest'ultimo durante il matrimonio. Egli pretendeva che l'art. 2135 non derogava alla disposizione dello Statuto di Parigi, giacchè non doveva avere effetto retroattivo.

La Corte reale di Angers diede la preferenza al sig. Lourry, sul motivo che quando l'obbligazione fu contratta dalla moglie, unitamente a suo marito, a profitto del sig. Barthélemy, il giorno 1.° luglio 1811, l'art. 2135 del Codice civile la privava dell'ipoteca a contare dall'epoca del contratto di matrimonio, e restringeva siffatta ipoteca alla data della sua obbligazione. Una tal decisione contiene uno sviluppo di motivi utile a consultarsi. Il ricorso per nullità fu rigettato, come dovea esserlo, da un decreto della Corte di cassazione, sezione de'ricorsi, a'7 maggio 1816. Questo decreto poggia sul principio che l'obbligazione di cui si trattava e per la quale il creditore surrogato a'diritti della moglie invocava la data del matrimonio di quest'ultima, veniva ad essere *posteriore* alla promulgazione del Codice, e dovea quindi essere regolato dalla disposizione dell'art. 2135 (1).

(1) La decisione della Corte reale di Angers, e il decreto della Corte di cassazione, sono riportati nella raccolta di Denevers, an. 1815, al suppl. pag. 105, ed an. 1816, pag. 548.

L'ipoteca pel rinvestimento del prezzo de' beni della moglie, alienati vigente il codice civile, si regola essa coll'art. 2153, *o pure colla legge che era in vigore al tempo del matrimonio ?*

241. Passiamo alla questione relativa alla data dell'ipoteca della moglie, per il rinvestimento, compenso od indennità del prezzo de' suoi beni proprj alienati. Negli statuti di comunione, almeno in un gran numero di statuti, i beni proprj della moglie si poteano validamente vendere, o dal solo marito col consenso della moglie, o dalla moglie coll'autorizzazione e consenso del marito; ed in questo caso la moglie avea, almeno nella maggior parte di questi statuti, per il rinvestimento del prezzo dei suoi proprj beni, allorchè non era stato realizzato dal marito, un'ipoteca a contare dal giorno del matrimonio, e non già da quello dell'alienazione de' beni. Nello Statuto di Normandia, quantunque egli escludesse ogni idea di comunione, i beni dotali della moglie potevansi vendere, purchè costei prestasse il suo consenso, ed allora ella avea un *compenso proporzionato sopra i beni di suo marito, dal giorno del contratto di matrimonio e dalla celebrazione dello stesso*, art. 538 e 539. Talchè, sotto questo rapporto, non vi è veruna differenza tra quest'ultimo Statuto e i primi. Ora, se, in questo caso, l'atto di alienazione è di data posteriore alla promulgazione del titolo del Codice civile, *de' privilegj e delle ipoteche*, la moglie non può pretendere un'ipoteca sopra i beni del marito se non dal giorno dell'alienazione, come nel caso dell'obbligazione, secondochè si è giudicato da una decisione de' 7 maggio 1816. Può dirsi che nell'uno e nell'altro caso il diritto ipotecario della moglie si verifica per un fatto suo proprio, e non per l'effetto d'una circostanza puramente *eventuale*, indipendentemente dalla sua volontà; che la moglie creando questo diritto, *per un fatto suo*, sotto l'impero del Codice civile, doveva sapere che la sua ipoteca non rimonterebbe se non al dì della alienazione, nell'istesso modo ch'essa era limitata, nel caso d'indennità per debiti, al giorno dell'obbligazione.

Intanto il contrario venne deciso dalla Corte di cassazione, sezione civile, nel giorno 10 febbrajo 1817, in una causa nella quale trattavasi d'una donna maritata vigente lo Statuto di Normandia. Potevasi sulle prime dubitare che la questione fosse stata decisa in massima, perchè trattavasi di vendite di beni dotali, fatte da suo marito, nell'anno 6 e 7, vale a dire prima del Codice civile; ma ella le aveva ratificate sol-

tanto nel 1810; e potea egualmente dire che le vendite ratificate non avevano una data certa, almeno relativamente a' creditori, i quali avevano contratto nel tempo intermedio, se non dal giorno della ratifica, che solo dava luogo a' diritti della moglie. Fino alla ratifica le rendite erano nulle. Questa nullità infatti ha luogo, secondo gli articoli 538, 539, 540, dello Statuto di Normandia, quando l'alienazione è fatta senza rimpiego. La moglie avea diritto di rivendicare i suoi immobili contra gli acquirenti, e non potea per sua propria volontà, ed in danno de' creditori anteriori alla sua ratifica, far rimontare l'ipoteca per i suoi diritti, ad un epoca diversa da quella stabilita dalla legge vigente, diversa da quella sotto il cui impero ella ratifica. Quindi la Corte di cassazione, e la Corte reale di Caen, la cui decisione venne confermata, intendevano assai bene che questa donna era assolutamente nella circostanza di colei che vendesse i suoi beni sotto l'impero del Codice civile. Intanto, esse hanno accordata l'ipoteca alla moglie, a contare dal giorno del matrimonio, non essendosi il creditore, che litigava con essa, iscritto durante la legge di brumaio. Sembra difficile il conciliare il decreto de' 10 febbraio 1817 colla decisione dei 7 maggio 1816; parmi doversi attendere qualche altra decisione relativamente alla presente questione per aversi una giurisprudenza certa. Ved. il n.° 261 (1).

Per successioni aperte, o per donazioni fatte vigente il Codice civile, la moglie ha ella ipoteca dal giorno del matrimonio, se questo risultasse dalla legge allora in vigore, oppure a contare soltanto dall' epoca stabilita dall' art. 2135?

242. Quanto ho deve egli egualmente praticarsi per gli altri due casi enunciati nella 2.ª parte del §. 2, dell'art. 2135, che sono quelli delle successioni devolute alla moglie, e delle donazioni fatte vigente il Codice civile? La moglie, per l'ammontare delle somme comprese nell'eredità, o nella donazione, avrà ella un'ipoteca che rimonta al giorno del matrimonio, se questo fosse il disposto dello statuto, sotto il cui impero ella si

(1) Il decreto de' 10 febbraio 1817 è in Denevers, anno 1817, pag. 182; ed in Sirey, vol. del 1817, pag. 185. Ma deesi rimarcare la nota di Sirey messa in piede di detta pag. 185. Egli dice: *vedete con attenzione SUPRA, pag.* 145. Ora in questa pagina si trova il decreto de' 7 maggio 1816. Si concepisce facilmente il motivo dell'attenzione particolare con la quale l'autore ha ravvicinato il decreto de' 10 febbraio 1817 alla decisione del 7 maggio 1816.

maritò, o dal giorno del suo contratto di matrimonio? oppure, malgrado queste circostanze, non avrebbe essa ipoteca se non a contare dall'epoche enunciate nell'art. 2135 del Codice civile, per questi due casi di apertura di successione o di donazione?

L'opinione di coloro che, in amendue questi casi, vorrebbero far rimontare l'ipoteca al giorno del matrimonio, mi parrebbe la più giuridica. In questi ultimi due casi non deve dirsi ciò che si disse quando si tratta di indennità della moglie, per obblighi da essa contratti sotto l'impero del Codice civile, o del rinvestimento del prezzo dei suoi beni da lei alienati unitamente a suo marito pure in quest'epoca. La ragione si è che quando si tratta dell'obbligazione della vendita fatta dietro la promulgazione del Codice civile, vi è stato per parte della moglie un fatto personale e *potestativo*, in virtù del quale ella si avrebbe voluto procurare un'ipoteca a contare dal suo contratto di matrimonio, laddove la nuova legge l'avvertiva ch'ella non potea più abusare dell'antica legge statutaria, o dell'antica convenzione, in pregiudizio dei terzi, col dare quest'epoca alla sua ipoteca, di cui la nuova legge limitava la data al giorno dell'obbligazione o della vendita, mentre che l'ipoteca a favore della moglie, risultante dall'apertura dell'eredità, avvenuta dietro la promulgazione del Codice civile, o di una donazione fattale dopo l'epoca medesima, si ricongiunge ad un semplice fasto *eventuale*, indipendente dalla sua volontà. Questo fatto essendo stato preveduto dalla legge in vigore al tempo del matrimonio, e de'capitoli matrimoniali; e sia la legge, sia la convenzione, prescrivendo che, avverandosi il caso, la moglie avesse avuta un'ipoteca dal giorno del matrimonio, sarebbe difficile il negarvisi, senza dare un effetto retroattivo all'art. 2135 del Codice civile. Questa retroattività potrebbe recar danno alla moglie, senza che ella avesse la menoma colpa. Quando suo marito avesse venduti alcuni suoi beni, essa può non aver presa veruna misura, e fatte purgare le sue ipoteche, non potendo prevedere nè l'apertura della successione, nè la donazione; altri beni del marito potrebbero essere stati ipotecati antecedentemente ad amendue queste circostanze: vi sarebbe della durezza nel farle perdere l'effetto dell'eredità devoluta. Sembra che in una simile circostanza spetti a'terzi il prevedere i rischi che possono correre, ottenendo la comunicazione del contratto di matrimonio prima di contrattare col marito.

Ma non è men vero, che, come già dissi nel numero 232, la moglie, per le somme estradotali riscosse da suo marito, non deve avere ipoteca sopra i di lui beni (coll'obbligo dell'iscrizione) se non dal giorno della

riscossione di queste somme, quante volte sia avvenuta dietro la promulgazione del Codice civile. Ciò è vero, sebbene il contratto di matrimonio contenesse la clausola che per queste ripetizioni l'ipoteca della moglie rimonterebbe al contratto di matrimonio. Questo è simile al caso dell'obbligazione o della vendita fatta dalla moglie vigente il Codice civile. Vi è un fatto *potestativo* per parte della moglie, che darebbe luogo all'ipoteca che le piacerebbe di far rimontare al giorno del matrimonio, in pregiudizio della restrizione stabilita dalla nuova legge. Non dipese che da lei di riscuotere le sue ripetizioni estradotali, in luogo di farle riscuotere da suo marito.

L'ipoteca legale ha luogo forse dal giorno dell'atto notariale che constata le convenzioni civili, o da quello dell'atto dello stato civile fatto per il matrimonio? Del caso in cui non vi è alcun atto che stabilisca le convenzioni civili.

243. L'ipoteca legale della moglie comincia forse dal giorno dell'atto che stabilisce le convenzioni, o interessi civili degli sposi in altri tempi noti col nome di *contratto di matrimonio*, come ancora usasi, oppure dal dì del matrimonio, propriamente detto, comprovato dall'atto formato dall'ufficiale dello stato civile? Questa questione è molto importante per sè stessa, e bisogna esaminarla.

Nell'antica legislazione, secondo l'attestato di quasi tutti gli scrittori, l'ipoteca legale cominciava ad aver forza dal giorno del contratto di matrimonio, ed era soltanto, in mancanza di questo contratto, ch'essa aveva vigore solo dal giorno della sua celebrazione. Puossi riscontrare specialmente Domat, *leggi civili*, lib. 3, tit. 1, sez. 1, num. 3; Coquille, sull'art. 18 del cap. 23 dello *Statuto* del Nivernese; Basnage *dell'ipot.* cap. 12, pag. 185 e seg., ediz. del 1702; D'Héricourt, *della vendita degl'immobili*, cap. 11, sez. 2, num. 17 e 22; Pothier, *Introd. al tit.* 20 *dello Stat. d'Orléans* cap. 4, sez. 1, num. 18, e *Tratt. dell'ipot.* cap. 2. Ecco il principio sul quale quest'uso era fondato: Domat lo spiega assai bene, ed è che si possono ipotecare i proprj beni non solo per gl'impegni, il di cui effetto è certo e presente, come per una obbligazione a causa di prestito, per una vendita, per una locazione, ed altre simili cose, nelle quali l'impegno è formato fin dalle prime, sebbene siavi un termine per il pagamento: ma egualmente per tutti gli altri impegni, il di cui effetto deriva da una condizione o da un altro avvenimento, che non si potrebbe

verificare. Perlocchè gl' impegni che si assumono *con un contratto* di matrimonio, contengono sempre la condizione se il matrimonio accada: ma l'ipoteca si acquista dal giorno del contratto, a favore del marito sopra i beni di coloro che costituiscono la dote, ed in vantaggio della moglie sopra i beni del marito onde ricuperarla, se vi fosse luogo.

Ma scrittori di maggior grido hanno fatto osservare i gravi disordini che risulterebbero da questo effetto retroattivo della verificazione del matrimonio, per quel che concerne l'ipoteca dal giorno del contratto. Difatti si vede, che se nell' intervallo che passa dall'atto che regola le convenzioni civili a quello della celebrazione del matrimonio, cioè, all'atto dello stato civile, tempo il quale può essere più o meno lungo, colui che stipula l'atto relativo alle convenzioni sotto nome di contratto di matrimonio, avesse fatte delle vendite od avesse contratte dell'obbligazioni, e se la moglie in seguito venisse in virtù del suo contratto di matrimonio, quantunque posteriore, ond'essere preferita per la sua ipoteca a'suoi creditori, o se molestasse con azione ipotecaria gli acquirenti, questi sarebbero vittime della poca buona fede usata dal marito, oppure dalla frode che petrebbesi di concerto praticare fra il marito e la moglie, o fra il marito e la famiglia di questa. Mornac circa la legge 1 ff. *qui potiores*; Lebrun, *delle successioni*, lib. 2, cap. 5, sez. 1, distin. 1, num. 23 e seg.; Boucheuil, sull'art. 256 dello Statuto del Poitou, e anche Basnage, *loco citato*, indicano gl'inconvenienti di quest'uso, e sembra che esprimano il voto di vederlo riformato. Quindi Lebrun, convenendo che l'ipoteca delle *convenzioni* ha luogo dal giorno del *contratto*, aggiunge, *purchè la celebrazione segua poco dopo*. Egli cita lo Statuto di Sedan, il quale, coll'art. 120, concede questa ipoteca dal giorno della promessa di matrimonio. Ora, anticamente queste promesse producevano un effetto importante. Secondo i tre primi articoli del titolo 14 dello Statuto d'Auvergne, la figlia promessa cessava di essere sotto la patria potestà, per passare sotto quella dello sposo; essa non potea vendere, nè alienare i suoi beni dotali, e anche in caso di scioglimento degli sponsali, essa non più ritornava sotto la patria potestà, ma restava padrona dei suoi diritti. Possono ivi riscontrarsi le osservazioni del sig. Chabrol sull'art. 1. Le disposizioni di questo Statuto, e di talune altre simili, contra le quali con tanta energia aveva declamato Domoulin, poichè le promesse di matrimonio non producevano un legame indissolubile, *hoc ineptum est, cum possit mujus, videlicet, recedere a sponsalibus*, queste disposizioni, io dico, sono cadute in disuso, e da gran tempo si suole promettere nell'atto istesso che si compiano, o sibbene la benedi-

zione nuziale può dispensare dalla promessa di matrimonio. Quindi, dalla disposizione dell'art. 120 dello Statuto di Sedan, e di altri che a questo potrebbero conformarsi, si può conchiudere che questi Statuti debbono considerarsi come se avessero voluto fissare l'epoca dell'ipoteca della moglie alla celebrazione del matrimonio, o almeno ch'esse sieno state molto lungi dal farla rimontare all'epoca del contratto, e che il loro scopo era di prevenire gli abusi che potevano risultare da questa retroattività.

Quale partito si dovrà adottare nella nostra attuale legislazione? Secondo l'art. 2135 è chiaro che la data dell'ipoteca deve rimontare al giorno della celebrazione del matrimonio, oppure, ciocchè vale lo stesso, all'atto dello stato civile. Questo è una conseguenza delle seguenti espressioni, *ed a contare dal giorno del* MATRIMONIO. Nell'articolo 2194 si dispone che le iscrizioni fatte eseguire dalla moglie, o in suo nome, dietro il prescritto deposito ed intimazione, avranno lo stesso effetto come se fossero state nel dì *del contratto di matrimonio.* L'ultima parte dell'art. 2195 sembra fissare egualmente la data dell'ipoteca legale al giorno del *contratto di matrimonio*; e tutto ciò potrebbe far supporre che in siffatti articoli il legislatore intese di far rimontare l'ipoteca all'atto che stabilisce le convenzioni civili, altra volta note sotto il nome di *contratto di matrimonio.* Potrebbe dirsi egualmente che questi articoli essendo gli ultimi scritti, sieno considerati come una modificazione o interpretazione del primo, e che ne debbono fissare il vero senso.

Ma io credo che queste ultime obbiezioni non debbano far ombra. Nei termini degli art. 2194 e 2195, ove dicesi *nel giorno del contratto di matrimonio*, si ravvisa o una inavvertenza prodotta dalle antiche abitudini, o la intenzione di esprimere l'atto dello stato civile, ch'è il vero contratto del legame coniugale, e che, rigorosamente parlando, può essere inteso in queste parole, *il contratto di matrimonio*, prendendole soltanto sotto un nuovo aspetto diverso dall'antico. Talchè bisogna attenersi al primo tratto della volontà del legislatore, presentata dall'art. 2135.

È ancor vero, che la retroattività dell'ipoteca all'atto notariale che regola gl'interessi degli sposi, quando vi è un considerevole intervallo di tempo fra questo atto e la celebrazione del matrimonio, può produrre gravi inconvenienti relativamente a' terzi; questo difetto di retroattività può farne nascere anche uno contro la moglie, mentre se la sua ipoteca rimonta soltanto alla celebrazione del matrimonio, essa può, in caso di obbligazioni o vendite intermedie per parte del marito, trovarsi senza ri-

sorse per la sua dote, che sarà stata forse riscossa dal marito, come egualmente per i suoi diritti.

Ma avvi una risposta a fare questa a difficoltà, la quale sembra essere decisiva, ed è che la legge prescrivendo le regole onde vigilare per i rispettivi interessi, che possono tra loro essere opposti, naturalmente si pronuncia piuttosto contra quella nel di cui potere non era di prendere le sue. La moglie o i suoi parenti debbono soltanto non lasciare alcun intervallo tra l'atto che regola gl'interessi civili degli sposi e la celebrazione del matrimonio innanzi la municipalità, uso che veggo giornalmente praticato: ed in tal caso i diritti della moglie sono perfettamente conservati. Ma i terzi i quali contrassero col futuro sposo, nell'intervallo che passerebbe tra questi due atti, soprattutto se l'intervallo è lungo, possono interamente ignorare il primo che poteva essere stipulato innanzi notaro tra gli sposi e testimonj soltanto necessarj, e quindi cadere in un laccio che non è stato mai nella intenzione della legge. Dacchè la moglie non è obbligata a prendere iscrizione, l'esistenza pubblica d'un matrimonio legalmente celebrato può soltanto tener luogo di questa iscrizione. I terzi possono domandare l'atto che regola i loro interessi, e prendere altre indagini alle quali non si penserebbe se non vi fosse matrimonio legale e conosciuto. È impossibile di non ammettere queste idee, vigente una legislazione che ha per base la pubblicità dell' ipoteca.

In fine quanto si è detto prende nuova forza dai principj relativi alla materia riguardante lo stato degli sposi e la natura de' loro beni. La donna non è sposa se non per la celebrazione del matrimonio: è soltanto allora che la sua dote è *dote*. Coquille, il quale ammetteva che l'ipoteca rimontasse al contratto di matrimonio, e ciò più per l'uso che pei principj, supponeva che non ve ne fosse stato, e che si fosse ridotto *a' puri termini d'ipoteca tacita e legale, ed allora sembra*, egli diceva, *che la detta ipoteca esista dal dì del contratto di matrimonio, giacchè da questo giorno la dote comincia ad essere* DOTE. Difatti non può dissimularsi che non sia se non da questo giorno che si formavano i veri rapporti di sposo e di sposa; ed il legislatore non intese dire il contrario colle parole *contratto di matrimonio*, introdotte negli art. 2194 e 2195 dopo di aver subito detto, nell'art. 2135, *a contare dal giorno del matrimonio*. Ora se colui il quale diviene creditore del futuro sposo fra il contratto e la celebrazione, prendesse iscrizione sopra i beni di quest'ultimo, per qual ragione siffatta iscrizione non potrebbe avere il suo effetto contro alla promessa sposa, che non sarebbe poi tale, e che non avrebbe per essa il favore d'una

dote, come ella lo avrebbe contra qualunque altro creditore ordinario? S'è un acquirente che fa trascrivere il suo contratto di acquisto antecedentemente alla celebrazione del matrimonio, perchè non purgherebbe, in mancanza d'iscrizione l'ipoteca della futura sposa, come ogni altra ipoteca? Come, in simile circostanza, questo acquirente potrebbe prendere misure chiaramente indicate dall'art. 2194, e dall'avviso del Consiglio di Stato del 1 giugno 1807, onde purgare l'ipoteca legale delle mogli? Egli pagherebbe con molta buona fede il prezzo della vendita ed intanto potrebb'essere molestato per un'ipoteca che allora non era legale, e da una donna che allora non era divenuta sposa. Tutto ciò si oppone alle idee di giustizia, a'semplici lumi della ragione, a'principj di ogni saggia legislazione, e soprattutto a quella che ci regola, la quale, onde meglio assicurare le sorte de' creditori e delle proprietà, ha ammessa la pubblicità delle ipoteche. Sicchè, malgrado tutta la diferenza che ho per le opinioni del sig. Tarrible, non pertanto non posso adottare un'opinione in contrario per la quale egli credè di doversi decidere, nel Reper. di Giuris. alla parola, Inscrizione Ipotecaria, §. 3 num. 8.

Se, anticamente, non vi fosse stato contratto di matrimonio, poteva elevarsi qualche difficoltà onde sapere come dovevano essere regolati gli sposi, allorchè i loro domicilj ed i loro beni non erano nella medesima provincia; soprattutto dietro le spinose questioni le quali solevano nascere su quello che doveva essere o di *statuto personale* o di *statuto reale*; ma attualmente queste difficoltà svaniscono. Gli sposi saranno regolati, per diritto, da' principj stabiliti nel cap. 2, del titolo, *del contratto di matrimonio.* Ciò risulta dall'art. 1393 e dall'art. 1400, che prevede il caso della *mancanza del contratto.*

Del resto, se mai la legge dovesse rivedersi, il legislatore potrebbe far cessare una specie di antinomia che ho fatta osservare fra l'art. 2135, e gli art. 2194 e 2195: ma io credo che questa riforma spetta alla giuri sprudenza.

Due casi ne' quali la facoltà di non prendere iscrizione, per l'ipoteca legale, cessa col titolo di sposa.

244. Io già dissi nel n.° 227 altro essere la legalità dell'ipoteca, altre poi è la necessità o la esenzione dall'iscrizione dell'ipoteca legale. Sonovi delle ipoteche che godono il favore della legalità, ma sottoposte alla necessità dell'iscrizione. Per la moglie, tutt'i di lei diritti qualunque sieno,

almeno quelli in capitali, godono il favore di questa legalità, secondo l'art. 2121, come già ho detto: ma taluni di questi diritti sono sottoposti alla formalità dell'iscrizione onde essere conservati, secondo l'art. 2135. Non bisogna perdere di vista che l'esenzione dalla iscrizione prende la sua origine dalla circostanza che la dote, nel regime dotale, ed i diritti che la formano nel regime della comunione, sono in potere del marito, solo amministratore contabile; che su tal riguardo la moglie non può esercitare alcuna azione, fino ad una separazione di beni, o fino allo scioglimento del matrimonio; e che finalmente la legge ha dovuto vigilare particolarmente alla conservazione de' beni dotali destinati con ispecialità alla sussistenza della moglie e de' suoi figli. Ma secondo la regola che l'effetto cessa con la causa, se il rapporto che avvi tra i due sposi sparisce, se non si può più invocare il titolo di sposa, se l'iscrizione diviene libera e facoltativa, allora la mancanza d'iscrizione può essere opposta da' terzi creditori o acquirenti del marito.

Questo stato di cose avviene in due casi.

1° Se la moglie fosse divenuta vedova antecedentemente alla pubblicazione del Codice civile, l'iscrizione, vigente la legge di brumaio, era necessaria, perchè la donna anche maritata non ne veniva esentata, secondo i principj di quella legge; e l'iscrizione sarebbe divenuta necessaria sotto l'impero del Codice civile, giacchè la moglie avrebbe avuta la libertà di prenderla; in guisa che s'ella non avesse adempita questa formalità, i creditori del marito, iscritti, la vincerebbero, e coloro che avessero comprato dal marito, sarebbero al coperto dalle di lei molestie, se la trascrizione de' loro titoli di acquisto non fossero stati colpiti da una iscrizione dal canto suo. Ravvicinando una moltitudine di articoli della legge, non si può dubitare ch'essa abbia avuto in vista le donne maritate, e non quelle divenute vedove all'epoca della sua promulgazione. Ed in vero nell'art. 2135, non dicesi *donne maritate*; ma queste espressioni si trovano nell'art. 2121. L'art. 2153 parlando dell'ipoteca legale delle donne, dice delle *donne maritate sopra i loro mariti*. D'altronde, gli art. 2136, 2138, 2139, 2144, 2194 e 2195 sono chiaramente redatti nel senso di rapporto fra marito e moglie, e di coesistenza dell'uno e dell'altro. In questo modo venne di fatti giudicato con molta ragione, da una decisione ben motivata dalla Corte reale di Colmar, de' 31 marzo 1810, riportata da Denevers, lo stesso anno, pag. 127 supp. I medesimi motivi hanno dato luogo ad un decreto della Corte di cassazione, de' 7 aprile 1813, riferito egualmente da Denevers, lo stesso anno, pag. 326. Questo

decreto non venne profferito in un caso di vedovanza della moglie avvenuta prima della pubblicazione del Codice civile: ma lo è stato in un caso simile per gli effetti, trattandosi d'un divorzio che ebbe luogo prima del Codice civile. Vedesi egualmente in questa decisione una luminosa esposizione de' principj.

2.° Deesi per i medesimi motivi dire lo stesso, se una moglie fosse morta prima del Codice civile. I suoi eredi non potrebbero reclamare alcuna ipoteca legale per la dote e convenzioni matrimoniali, nè potrebbero far valere l'esenzione dall'iscrizione. La legalità dell'ipoteca resterebbe; ma cesserebbe l'esenzione dall'iscrizione. Repugna a tutt' i principj che un simile privilegio abbia potuto essere accordato agli eredi di una moglie, non meno che ad una moglie vedova. Quanto io dissi è tanto più vero in quanto che lo spirito della legge è stato necessariamente quello di restringere il più ch'è possibile le eccezioni alla regola generale della pubblicità. Fu così che venne giudicato da un decreto della Corte di cassazione, de' 9 novembre 1813, consacrato nella medesima Raccolta di Denevers, pag. 580.

Terzo caso in cui, venendo a cessare il titolo di sposa, dovrebbe cessare egualmente la esenzione dall'obbligo d'iscrivere.

245. Avvi un terzo caso in cui venendo a cessare il titolo di sposa, dovrebbe essere lo stesso per la esenzione dall'iscrizione. Voglio parlare di quel caso in cui la moglie diviene vedova vigente il Codice civile. I minori divenuti maggiori, ed i loro eredi, sono nella medesima categoria. Quando la questione si presentò ne' primi anni della pubblicazione del Codice civile, i giureconsulti ed i tribunali soffrirono qualche imbarazzo. Non pertanto, la Corte reale di Nimes, con decisione de' 28 marzo 1806, raccolta Denevers lo stesso anno, pag. 155, supp.; e quella di Agen, con decisione degli 8 maggio 1810, Denevers, anno 1810, pag. 121, supp. giudicarono, che la moglie o suoi eredi nel caso in questione, non potevano avere il favore dell'esenzione dalla iscrizione. Le decisioni si fondarono sopra la cessata dipendenza della moglie relativamente al marito. Quando esse vennero profferite si questionò, se almeno la moglie o suoi eredi avessero potuto domandare la separazione del patrimonio del marito debitore, da quello de' suoi eredi: ma questa questione non si presentava punto, perchè per particolari circostanze non era ammissibile la domanda della separazione del patrimonio; e fu deciso in massima, che nel caso

presente, non eravi ipoteca legale esente dall'iscrizione, o almeno che tale esenzione era cessata dal momento in cui la moglie ricuperò una libertà ch'erasi continuata nella persona de' suoi eredi.

Ma le difficoltà facendosi vieppiù sentire, il Consiglio di Stato credè farle cessare con un avviso degli 8 maggio 1812. Il risultato di quest' avviso si è, che il modo di purgare le ipoteche legali delle mogli e dei minori, stabilito dal Codice civile e dall'avviso del Consiglio di Stato, de' 9 maggio 1807 (o del 1.° giugno ch'è il giorno della sottoscrizione, essendo quello de' 9 maggio il giorno dell'adunanza) è applicabile *alle vedove ed a' minori divenuti maggiori*, come pure a' loro eredi, ed altri rappresentanti. Si soggiunse che non era necessario fissare un termine particolare alle mogli, dietro la morte de' loro mariti, ed a' minori divenuti maggiori, o a' loro rappresentanti onde poter prender l'iscrizione.

Osiamo dirlo: quest'avviso è fatto in un senso opposto allo spirito della legge, che si propone la pubblicità dell'ipoteca. Esso non si può conciliare con i motivi che determinarono la esenzione dalla iscrizione. Ne resulta che coloro i quali hanno comprato dal marito, o da' suoi eredi, hanno il mezzo di liberarsi con sicurezza relativamente alle ipoteche legali sottoposte all'iscrizione, e si vede che questo mezzo è l'istesso di quello che fu prescritto nel 1807, ma però col soccorso degli art. 2193, 2194 e 2195 del Codice civile, onde purgare le ipoteche note o nò delle donne maritate, e de' minori, che potessero esistere. Ma, oltre che dietro l'avviso degli 8 maggio 1812, i compratori non ottengono questo vantaggio che con gravi spese, è che non si è avuto in mente prevedendo questo avviso, dei creditori che avrebbero contrattato col marito dopo la morte della moglie, o anche prima. Ora la sorte de' creditori poteva ella essere diversa da quella degli acquirenti? giacchè secondo questo avviso si vede che coloro i quali avessero prestato al marito, sia prima, sia dopo la morte di sua moglie, ancorchè essi avessero presa iscrizione, sarebbero preposti alla moglie rimasta vedova da lungo tempo, o a' suoi eredi a causa de' diritti dotali della moglie, sebbene nè costei, nè gli eredi avessero presa una iscrizione, che dipendeva soltanto da essi di prendere. Nondimeno questo avviso fu sempre osservato, perchè si credè che la interpretazione di una legge appartenesse al governo. Ma qui, in luogo di interpretarla, uniformandosi allo spirito della legge, e seguendo le sue vedute, ciò che per altro si avrebbe potuto lasciar fare da' tribunali, almeno fino alla provocazione di una nuova legge, si è fatta una legge sovversiva della legge esistente.

Si direbbe forse, in tal caso, che la moglie muore investita della legalità, coll'esenzioue dall'iscrizione, e che ella lascia quest' istesso privilegio agli eredi? Ma un privilegio unicamente congiunto alla persona non si può trasmettere ad altre persone colle quali questo privilegio non è più in relazione. Quando una prescrizione è sospesa a riguardo d'un creditore minore, questa prescrizione non riprende ella forse il suo corso contra gli eredi maggiori di questo creditore che muore in età minore?

Intanto si avrebbe dovuta prendere una misura che nella legge non vi era, ed il bisogno della quale faceva pur troppo sentirsi. Essa consisteva in un termine che avrebbe dovuto accordarsi alla moglie rimasta vedova, ed al minore divenuto maggiore, entro il quale essi sarebbero stati nell'obbligo di prendere iscrizione per i loro crediti sopra i beni del marito e del tutore. Secondo l'avviso degli 8 maggio 1812, sembra come se questo fosse stato domandato. Si conosce infatti che ad una moglie divenuta vedova, o a' suoi eredi, come anche ad un minore divenuto maggiore, i quali d'altronde potrebbero esser lontani dal luogo ove sarebbe morto il marito o il tutore, si debba accordare un termine onde conoscere la loro situazione. All'oggetto avevasi un esempio nell' art. 23 della legge degli 11 brumaio anno 7, ove si dice che le iscrizioni prese contra i mariti per tutti i diritti e convenzioni matrimoniali, conservano il loro effetto durante tutto il tempo del matrimonio, *ed un anno* dopo.

L'esempio di questa misura trovavasi ancora negli art. 58 e 64 dell'editto del Re, del mese di marzo 1673, registrato al parlamento il 23. Siffatto editto portava lo stabilimento delle cancellerie e de'registri delle opposizioni, onde conservare la preferenza delle ipoteche. Esso si può riguardare come il tipo di tutte le disposizioni regolatamentarie concernenti la pubblicità dell' ipoteca in Francia, quantunque sia stato revocato da un altro editto del mese di aprile 1674. La cura con cui fu redatto divenne un soggetto di elogio per parte del cancelliere d' Aguesseau, il quale d'altronde non ne adottava i principj, come osservasi nel mio Discorso preliminare che si trova al principio di questo Trattato.

Ora secondo l'art. 57 di questo editto i minori erano dispensati dall'obbligo comune di formare e far registrare le loro opposizioni (ciò che teneva luogo d'iscrizione) sopra i beni de' loro tutori, protutori o curatori contabili: ma l'art. 58 faceva cessare tale dispensa per le istesse ipoteche ch' erano legali, tostochè essi fossero giunti alla loro maggiorità; e ciononostante essi avevano un anno di tempo onde adempiere siffatta formalità. « I minori, dicesi in questo articolo, saranno tenuti, *un anno*

dopo della loro maggiorità, di produrre opposizione sopra i beni dei loro tutori, protutori, curatori e contabili, e di farla registrare nel modo sopra indicato; nel qual caso conserveranno la loro ipoteca *dal giorno dell'atto della tutela*: e se la loro opposizione viene registrata dopo l'anno della loro maggiorità, non avrà effetto *se non il giorno del registro* ».

Per le donne maritate, l'art. 60 dell'istesso editto le dispensava dalla formalità dell'opposizione e registro sopra i beni dei loro mariti per la dote e competenze matrimoniali. Ma nell'art. 63 dicesi: « Le mogli separate di beni da' mariti, sono tenute di formare e far registrare l'opposizione sopra i beni de' loro mariti, per la conservazione delle loro ipoteche, *e ciò ne' quattro mesi dopo l'atto o sentenza di separazione*; altrimenti, passato detto tempo, esse saranno collocate in concorso di que' creditori che aveano registrate le loro opposizioni, *prendendo la data del giorno del registro* da esse fatto ».

La legge, nell'articolo 64, dispone circa le mogli divenute vedove, ed ecco come si spiega: « Le vedove saranno anche obbligate a formare e far registrare le loro opposizioni *nell'anno, dal giorno della morte dei loro mariti*; altrimenti non avranno ipoteca sopra i beni di questi *se non dal giorno che avranno fatte registrare le loro opposizioni* ». Appunto con queste cure si dà ad una legge quel grado di perfezione di cui è capace, seguendo lo spirito con cui venne redatta.

In questa circostanza la legislazione cerca un miglioramento. Ho creduto mio dovere mettere sotto gli occhi del legislatore le mie osservazioni, se mai la legge sarà riveduta.

Dell'effetto che debbono avere in Francia i contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, per quanto concerne l'ipoteca.

246. Perchè si formino idee esatte circa l'effetto che debbono avere in Francia i contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, per quanto riguarda l'ipoteca, conviene esaminare se a questi contratti si debba, o nò, applicare la disposizione contenuta nell'art. 2128 del Codice civile. Ecco quanto ivi si dispone: « I contratti fatti in paese straniero non possono produrre ipoteca sopra i beni esistenti in Francia, quando però non vi sieno disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche o ne' trattati ». Ora, secondo la disposizione di questo articolo, sarebbe impossibile di accordare l'ipoteca su i beni situati in Francia, a' contratti di matrimonio stipulati in paese straniero. Quest'articolo non fa alcuna

distinzione tra i contratti di matrimonio, ed i contratti ordinarj stipulati nel territorio di potenze straniere. L'art. 121 dell'Ordinanza del 1629, che proponevasi di regolare, in Francia, l'effetto dell'ipoteca, relativamente agli atti stipulati in paese estero, ed alle sentenze ivi profferite, neppure alcuna distinzione faceva tra questi contratti, poichè in esso si diceva: « I contratti ed obbligazioni stipulate in paesi e regni stranieri, *per qualunque causa ec.* ». Non si potea certamente spiegare in un modo più generale.

Erasi gettato qualche dubbio sopra la questione, perchè alcuni antichi scrittori, i quali stimavano che i contratti stipulati in paese straniero non producevano ipoteca in Francia, credevano poi che si dovesse fare eccezione per i contratti di matrimonio. Mornac tra gli altri, sulla legge ultima ff. *de jurisdictione*, adottò quest'eccezione, come anche Tronçon circa l'art. 165 dello Statuto di Parigi. Essi si fondavano nel principio che il matrimonio è di diritto delle genti *Non enim*, dicea Mornac, *ex jure civili conventiones hae ortae sunt, sed ex ipso jure gentium.* Onde sostenere la sua opinione, egli citava una decisione della camera dell'editto de' 13 agosto 1601, che vedesi anche citata da molti altri scrittori che trattarono la materia. Nondimeno, Tronçon ammettea l'ipoteca nel caso in questione, ma soltanto per la dote, e si pronunziava contro alla ipoteca per quello che concerneva *le donazioni*, *l'antiparte*, *ed i lucri nuziali* promessi nel contratto di matrimonio. Quest'eccezione, ammessa da diversi altri scrittori, poggiavasi nell'idea, che la somma costituita in dote era una conseguenza necessaria del matrimonio, ed un vero credito al quale andavano annessi tutt'i privilegj della dote; mentre non poteasi dire lo stesso delle altre convenzioni matrimoniali; giacchè in queste non doveasi vedere altro che convenzioni ordinarie, le quali non erano neanche accessorj del matrimonio.

Ma l'opinione di questi scrittori anche relativamente al principale, ch'è la dote, non puolsi ammettere come principio, quantunque si veda adottata da molte decisioni. Sembra che si confondano due cose molto distinte, il matrimonio cioè e l'atto che ne regola le convenzioni. Il matrimonio in sè stesso è di diritto delle genti: ciò è incontrastabile. Ovunque si sia celebrato, basta che lo sia stato dall'uffiziale che ne aveva ricevuto il potere dalla legge del luogo, e con tutte le formalità richieste, dev'essere da per tutto riconosciuto, e produrre gli effetti che sono uniti ad un legame tanto rispettabile. In quanto all'atto che regola le convenzioni del matrimonio, sotto il rapporto degl'interessi, è senza dubbio obbligatorio

tra i due sposi, ancorchè stipulato in paese estero, giacchè esso racchiude le loro obbligazioni, ed è un atto pubblico anche fuori del paese in cui venne stipulato: ma esso non è *autentico*, e l'ipoteca resulta dall'*autenticità*; è un diritto reale che non può derivare che da un atto stipulato da un pubblico uffiziale, investito di un tal carattere dalla potenza sotto il di cui dominio sono situati i beni che si vogliono gravare d'ipoteca.

Si vorrebbe dire, onde sostenere la distinzione fatta da Tronçon fra la *dote* e le *donazioni*, *antiparti* e *lucri nuziali*, che l'ipoteca per la dote è stata sempre tacita, e ch'essa esiste in forza della sola celebrazione del matrimonio, senza alcun atto che ne regoli le convenzioni in quanto agl'interessi? Ma neppur questa distinzione si potrebbe sostenere. Per la verità l'ipoteca della dote è tacita; ma che deriva da ciò? ch'essa esiste pel solo ministero della legge, senza bisogno di convenzione. La stipulazione dell'ipoteca si presume a favore della moglie: essa accompagna la sua dote. Ma siffatta ipoteca tacita e presunta, o espressa e convenzionale, non lascia di dovere il loro effetto alla legge. È la legge, e la legge civile, quella che dà alla convenzione scritta egualmente che alla presunta, la virtù dell'ipoteca che è una cosa del tutto diversa dalla convenzione. Questa, senza l'ipoteca, diviene un sol patto volontario che non viene rivestito da veruna autenticità. L'ipoteca che caratterizza e dà una virtù particolare alla convenzione, non da altro deriva che dalla legge. La volontà dell'uomo può formare il corpo della convenzione, ma essa è impotente onde produrre ipoteca: è la legge civile che ne dà l'esistenza (1).

Intanto, vi è stato un tempo in cui la questione ha incontrato parecchie difficoltà serie ed imbarazzanti. Si osserva una gran varietà di opinioni e di decisioni; e le particolarità che si trovano nel Repert. di Giurisp. alla parola Ipoteca sez. 1, § 5, n.° 12, lo provano abbastanza. Nondimeno, negli ultimi tempi la giurisprudenza sembrava già fissata da due decisioni: l'una de' 23 agosto 1737, riportata da Lacombe figlio, pag. 123, con cui si giudicò che un contratto di matrimonio stipulato a Liegi, non produceva ipoteca in Francia; l'altra del Consiglio di Stato, de' 18 marzo 1748, emanata contro la principessa di Carignano con cui giudicossi che il suo contratto di matrimonio, stipulato a Torino, non poteva produrre ipoteca nel regno. Questa decisione annullò quella del parlamento di Parigi, de' 3 agosto 1744, la quale avea deciso l'opposto. Fu quindi che Rous-

(1) Si vegga quanto io dissi circa l'effetto de' contratti stipulati in paese straniero relativamente all'ipoteca, parlando delle ipoteche convenzionali.

sille, *della dote*, tom. 1, pag. 326, si è contentato di riportarsi a queste due decisioni, onde stabilire che l'ipoteca non dovea essere accordata ai contratti di matrimonio stipulati in paese estero.

Distinzioni da farsi a questo riguardo.

247. Tali sono i principj adottati dall'art. 2128 del Codice civile, secondo il quale la questione si può rendere più semplice: nondimeno essa deve essere subordinata ad una distinzione.

O sono due persone non francesi, cioè a dire domiciliate in paese straniero, quelle che contraggono matrimonio in quest'isteso paese, mentre il marito possiede beni stabili in Francia; o è un Francese che prende moglie in paese straniero, la quale viene col marito ad abitare in Francia, ove fissa il suo domicilio.

Nel primo caso il contratto di matrimonio, ancorchè ricevuto da un pubblico uffiziale in paese straniero, non produce, a favore della moglie, alcuna specie d'ipoteca sopra i beni che il marito può possedere in Francia, nè per la sua dote, nè per le sue convenzioni matrimoniali. Ella non può reclamare un'ipoteca convenzionale, giacchè secondo quello che si è detto, un atto stipulato in simili circostanze, non produce alcuna ipoteca sopra i beni situati in Francia, dove non avrebbe il privilegio, nè dell'autenticità, nè della parata esecuzione. La moglie non avrebbe egualmente un'ipoteca legale, sia per la sua dote, sia per le sue convenzioni matrimoniali, e soprattutto il privilegio dell'esenzione dall'iscrizione stabilito dall'art. 2135 del Codice civile. Avvi l'istesssa ragione per l'ipoteca convenzionale, cioè che l'ipoteca legale, la quale può supplire alla mancanza dell'ipoteca convenzionale, risulta come questa dal diritto civile. Ora è incontrastabile che il diritto civile di una nazione protegge unicamente i sudditi di questa nazione per i quali questo diritto è stabilito: e non si comunica per niente a' sudditi di un'altra nazione a cui questo diritto è del tutto estraneo.

Bisogna intanto convenire che, secondo le leggi politiche o i trattati, un contratto di matrimonio, potrebbe, come tutti gli altri atti stipulati nell'estero, produrre ipoteca sopra i fondi situati in Francia, giusta il disposto dell'articolo 2128 del Codice civile, che dev'essere comune a' contratti di matrimonio, del pari che a tutti gli altri contratti, giacchè la legge all'oggetto non fa alcuna distinzione. Ma, se per la reciprocità d'una nazione

con un'altra, vi dovess'essere soltanto ipoteca, ed un'ipoteca legale ancora, sarebbe almeno sempre necessario che in tal caso la moglie straniera s'iscrivesse sopra i beni di suo marito, se vuole conservare i suoi diritti. La reciprocità fra nazione e nazione, che può resultare da leggi politiche e da trattati, deve sempre limitarsi agli oggetti sopra de' quali questa reciprocità viene ristretta. Tutto emana dal diritto civile, e la legalità dell' ipoteca, e l'esenzione della sua iscrizione ne' casi determinati. Qualunque dispensa che non risulta da uno stato di reciprocità, non può ammettersi contro la regola generale che prescrive la pubblicità dell' ipoteca.

Nel secondo caso, cioè quando un Francese prende moglie in paese estero, e quando costei viene ad abitare con suo marito in Francia, ove acquista il suo domicilio, in tal caso non si può decidere con i medesimi principj. La moglie straniera che si marita con un Francese, e che segue suo marito, diviene Francese. Ciò è quanto dispone l'art. 12 del Codice civile. Sicchè la moglie, che trovasi in questa circostanza, goderà, come ogni altra donna francese e maritata in Francia, di tutt' i diritti accordati dal Codice civile alle donne maritate, tanto per la dote quanto per le convenzioni matrimoniali. Si vede bene che se la donna maritata in paese estero, che siegue suo marito in Francia, non ha alcun atto che regoli le convenzioni matrimoniali, il matrimonio, come quello d'ogni donna francese e maritata in Francia, si dovrebbe regolare col capitolo secondo del titolo del *contratto di matrimonio*, relativamente al regime della comunione. L' art. 1400 del Codice civile suppone la mancanza del contratto. È sempre la legge del domicilio del marito quella che regola il matrimonio. Pare giusto che i conjugi, essendo determinati di stabilirsi in Francia, facessero depositare una spedizione del loro contratto di matrimonio presso un notaro del domicilio del marito, in virtù di sentenza del tribunale di questo istesso domicilio. Ben si vede il motivo di questa misura. Con essa i terzi si potrebbero procurare la conoscenza delle convenzioni matrimoniali con quella facilità che i terzi possano desiderare relativamente a coloro che si maritano in Francia. Vi è di più: è sempre prudente che la donna maritata, nel caso in questione, prenda un' iscrizione sopra i beni di suo marito, acquistati in Francia, per sicurezza della sua dote e convenzioni matrimoniali.

In fine restami un'importante osservazione, cioè che, onde assicurare il ricupero de' diritti dotali della donna maritata in paese estero, giova benanche per i creditori che il marito potesse avere in seguito, che siano stabiliti o dal contratto di matrimonio, o da quietanze fatte innanzi notaro relative a

questo contratto. Questo è soprattutto necessario per quei diritti che nacquero in paese straniero ove il contratto di matrimonio venne celebrato. Si vede bene che la moglie venuta in Francia non potrebbe altrimenti provare la sincerità di tali ripetizioni dotali, se non con atti autentici; ella potrebbe non trovarsi nella medesima circostanza delle donne maritate in Francia, per le quali non occorrono necessariamente, per parte dei loro mariti, delle quietanze, come ho già dimostrato nel num. 234.

Ma quanto ho detto non può aver luogo se non per i contratti di matrimonio stipulati da uffiziali pubblici di paesi stranieri, diversi dai cancellieri de' consoli francesi ivi stabiliti. È impossibile fare qualche differenza fra gli atti stipulati in queste cancellerie, e quelli stipulati da notari in Francia, essendo tutti rivestiti d'un'autorità che emana dal Re. Debbonsi anche ivi applicare i principj che ho sviluppati per questo caso nel trattare l'ipoteca convenzionale, non che la giudiciale (1).

L'ipoteca legale può essere esercitata su tutt'i beni del marito, ed anche sopra quelli acquistati sotto la comunione, e quindi rivenduti.

248. L'ipoteca legale della moglie si estende su tutti i beni, qualunque essi sieno, del marito ed anche su quelli che sono stati acquistati durante la comunione, e che in seguito ha rivenduti. Siffatta questione incontrò molte difficoltà, quando si presentò ne' primi tempi della promulgazione del Codice, quantunque niun articolo di questo Codice e soprattutto gli art. 2121 e 2135, che sono i più rimarchevoli su tal materia, impedissero che l'ipoteca legale della moglie non piombasse su tutti i beni del marito, poichè essi non ne distinguevano alcuno.

Le difficoltà provenivano dalla natura de' diritti della donna maritata sotto il regime della comunione, e dalla significante differenza che vi era fra questo regime e quello dotale. Si sa bene che io parlo del caso nel quale la moglie, in comunione di beni, non abbia preso parte nè

(1) Si leggerà con utilità, sopra le difficoltà che possono avere rapporto a'contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, una consulta discussa dal sig. Sirey, a' 27 maggio 1817, sottoscritta da avvocati di un merito riconosciuto. Questa consulta è basata sopra validi principj. Trovasi nella raccolta in Sirey, anno 1817, 2 part., pag. 217. Essa presta anche utili cognizioni sopra gli usi di Spagna, ove il contratto di matrimonio in questione era stato fatto.

negli acquisti, nè nelle rivendite fatte dal marito, e non abbia contrattata con lui alcuna obbligazione.

Coloro che si pronunziavano per la inesistenza delle ipoteche della moglie sopra i beni della comunione prima dello scioglimento del matrimonio, o della comunione, con rinuncia fatta dietro una separazione di beni, dicevano, « che volendo che l'ipoteca della moglie piombi sopra i beni della comunione a misura che vi entrano, e quindi ammettendo che la moglie si possa dirigere contra i terzi possessori, questo è lo stesso che inviluppare l'amministrazione del marito, privarlo del diritto che gli accorda soprattutto l'articolo 1421 di vendere, alienare ed ipotecare i beni della moglie. Non si può dubitare che quando i beni si trovano presso del marito, in tempo dello scioglimento della comunione, non può la moglie esercitare sopra di essi la sua azione ipotecaria secondo gli articoli 2121, 2122 e 2135: permettere di dirigersi contra i terzi, allorchè i beni sono stati già venduti, è un rovesciare la base fondamentale della comunione; è un impedire, contravvenendo espressamente alla legge, che il marito sia l'assoluto padrone di tutti i beni che la compongono ». Si dicea ancora che la comunione facea considerare gli sposi come due socj, e che le vendite fatte dal marito, anche solo, dovevansi considerare come se fossero state fatte egualmente dalla moglie; che tutti i suoi diritti non si determinano, nè nascono se non in tempo dello scioglimento della comunione, e non si possono esercitare secondo lo stato delle cose esistenti in quell'epoca.

In appoggio della opinione contraria, si fondava sul principio incontrastabile che la rinuncia alla comunione produceva l'effetto di far considerare la moglie come se ella non fosse stata mai in comunione, e che la rimetteva nello stato nel quale trovavasi all'epoca del suo matrimonio: parimente, che una rinuncia ad una successione ha un effetto retroattivo al giorno della morte del defunto, e cancella del tutto la qualità di erede. Per verità si oppone contro tale principio, che questo effetto della rinuncia è una finzione di legge, la quale non potrebbe distruggere la realtà e la qualità della comunione; che questa finzione non ha altro oggetto se non quello di conservare intatti i proprj beni della moglie, fino a che essa non si obbliga, e l'esercizio delle sue ipoteche, ma solo sopra quello che resta nell'asse del marito, dopo la cessazione della sua amministrazione della comunione. Ma questa obiezione, rispondevasi, è una sottigliezza che non può distruggere il fatto che il marito è il padrone della comunione e il proprietario de' beni

che la compongono, i quali perciò restano gravati dalle ipoteche della moglie, come gli altri suoi proprj beni, e che non può egli disporne che col peso di queste ipoteche. Questo si è, d'altrondo, il risultato della nostra legislazione circa la comunione, e particolarmente dell'art. 1495 in cui si dice che la moglie, che ha rinunziato, può valersi di tutte le sue azioni o di tutti i suoi diritti, *tanto sopra i beni della comunione*, quanto sopra quelli che sono particolari del marito. L'esercizio di questi diritti è stabilito in un modo assoluto e indefinito sopra i beni della *comunione*. Non vi si dice, per altro, *se ve ne sono* dietro lo scioglimento della comunione.

Io non ho fatto che presentare un breve compendio d'una dissertazione sopra la materia in esame esistente nella Raccolta di giurisprudenza del Codice civile, tom. 19, pag. 187. Essa è seguita da una decisione della Corte reale d'Angers, de' 26 agosto 1812. Questa decisione ammette il principio che l'ipoteca è un diritto formato e acquistato dalla moglie dal giorno del matrimonio, sebbene sia subordinato a casi e condizioni eventuali: in una parola, che l'effetto dell'ipoteca della moglie, la quale non ha prestato il suo consenso alla vendita è solamente incerto e sospeso sino allo scioglimento della comunione, ma che non perciò esiste meno di quello che lo era per l'innanzi; che non è questo scioglimento quello che fa nascere i diritti della moglie, giacchè non ne produce altro che l'apertura. Per brevità, non riporterò i motivi di questa decisione. Essi meritano qualche considerazione, ravvisandosi ne' medesimi la vera applicazione de' principj relativi alla materia.

La medesima questione, essendosi presentata alla Corte reale di Colmar, venne diversamente giudicata. Sembrerebbe che essa vi si fosse determinata per particolari circostanze. Era la moglie di un Ebreo che reclamava la sua ipoteca. Si avea per pericoloso il far trionfare il sistema di questa moglie, giacchè gli Ebrei avendo tutta la loro fortuna in un portafoglio, non facendo acquisto di beni se non per venderli subito con molto profitto (era questione di compra e vendita di beni del demanio), potrebbero perciò gravare d'ipoteche legali a favore delle loro mogli, tutti i beni che acquisterebbero, ed esporre in questo modo acquirenti di buona fede ad essere evitti, o a pagare per due volte, senza la speranza d'un utile regresso contra i loro venditori. Ma, nel ricorso prodotto per annullamento, la Corte di cassazione, con decreto degli 8 novembre 1813, non si arrestò alle considerazioni, per attenersi ai principj. La decisione impugnata fu annullata, come quella che conteneva la formale violazione

degli articoli 2121 e 2135 del Codice civile, i quali assicurano alle donne maritate una ipoteca legale sopra i beni de' loro mariti. Di fatti non si dovevano fare delle distinzioni ove la legge non ne aveva fatte. Questo decreto trovasi nella medesima Raccolta, nel tom. 21, pag. 436.

In fine la questione venne anche portata alla conoscenza della Corte reale di Orléans, e questa adottò gli stessi principj, con decisione dei 14 novembre 1817, riportata da Denevers, anno 1819, pag. 31, supp. Ma ciò che pone il suggello alla giurisprudenza, circa questo punto di legislazione, è un decreto della Corte di cassazione, de' 9 novembre 1819, riportato nella medesima Raccolta e nell' istesso volume, pag. 623 e 624. Questo decreto è soprattutto osservabile per la precisione ed esattezza dei suoi motivi.

Visti gli art. 2121 e 2122 del Codice civile così concepiti. Art. 2121. « I diritti e crediti a' quali è attribuita l' ipoteca legale, sono quelli » delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti »: art. 2122 : « Il credi» tore, cui compete l'ipoteca legale, può esercitar i suoi diritti sopra » tutti gl' immobili spettanti al debitore, e sopra quelli che potranno ap» partenergli in avvenire, colle modificazioni che appresso si esporranno ». Attesochè, secondo i termini di questi articoli, tutt' i beni presenti e futuri del marito sono gravati dall' ipoteaa legale della moglie; che nel numero di questi beni sono compresi gli acquisti della comunione, giacchè una metà spetta attualmente al marito, e l' altra può spettargli eventualmente quante volte la moglie non accetta la comunione; che, in conseguenza, essi sono legalmente sottoposti a' diritti della moglie in caso di rinuncia; che niuna legge esenta da questo peso gli acquisti alienati dal marito durante la comunione; che non si possono per conseguenza esentare senza violare questi medesimi articoli; che se il marito ha diritto di vendere questa specie di beni, durante la comunione, senza il consenso di sua moglie, non ne segue perciò che, se ella vi rinunzia, non possa più esercitare la sua azione ipotecaria sopra quelli alienati prima dello scioglimento, a menochè gli acquirenti non gli abbiano purgati con le vie legali; che in realtà il diritto del marito all' oggetto, è essenzialmente subordinato a quello che l'art. 1453 dà alla moglie, di rinunciare alla comunione, quante volte non intende accettarla; che da questo articolo emana come necessaria conseguenza, che, nel caso di rinuncia, gli atti fatti dal marito durante la comunione sono esclusivamente personali, e non possono quindi fare ostacolo alla ipoteca della moglie ed al diritto di esercitarla;

che il sistema contrario esporrebbe la moglie a perdere i suoi diritti, mentre l'ipoteca sopra i beni acquistati, ed in seguito venduti dal marito durante la comunione, le ne assicura la conservazione senza recar danno ad alcuno, giacchè il marito può farla ridurre, se mai l'ipoteca fosse eccedente; che coloro i quali contrattano con lui sono liberi di non farlo, conoscendo o almeno non dovendo punto ignorare la condizione di colui con cui contrattano, e che se gli acquirenti vogliono purgare i fondi da essi acquistati, lo possono fare usando i mezzi che la legge stabilisce all'oggetto; — Attesochè, nella specie, la moglie Adam ha rinunziato alla comunione de' suoi beni con quelli di suo marito; che fin da quel momento la casa in questione è rimasta sottoposta alla sua ipoteca, quantunque venduta dal marito durante la comunione; e che, per conseguenza, la decisione enunciata, col giudicare l'opposto ha violati gli articoli 2121 e 2122 del Codice civile; Annulla ec.

Giova qui far osservare che, secondo le discussioni le quali hanno preparati questi decreti, i principj che si fatti decreti adottarono erano egualmente osservati vigente l'antica legislazione.

La purgazione dell'ipoteca legale è una precauzione importante per qualsivoglia acquirente.

249. Se si rivolge l'attenzione sulla estensione de' diritti che la legge congiunge alle ipoteche legali; se si osserva che le mogli possono esercitarle in qualunque tempo indipendentemente dall'epoche in cui i mariti possono aver sottoscritte delle obbligazioni a favore de' terzi, o fatte delle vendite, si vede bene che l'esercizio di queste ipoteche può ingannare o la sicurezza di un acquirente che avesse comprato il primo, o quella di un creditore, il primo che avesse avuta un'ipoteca, anche coll'iscrizione, in un'epoca in cui un marito aveva parimente beni maggiori di quelli necessarj onde far fronte a tutt'i diritti della moglie. Si resta allora convinto della necessità, sia per parte dell'acquirente, sia per parte del creditore, di prendere tutte le precauzioni suggerite dalla legge, per non essere vittima a riguardo della moglie, secondo la direzione ch'ella può dare all'esercizio dei suoi diritti.

Supponiamo primieramente che un marito, nel momento in cui vuol vendere, abbia 100,000 fr. di beni immobili: che egli ne venda a Paolo, per la concorrenza di 20,000 fr.; che sua moglie goda un'ipoteca legale,

esente dall'obbligo dell'iscrizione, per una simile somma di 20,000 fr.: in tale stato il venditore ha 60,000 fr. di beni liberi. Egli li vende in seguito a Pietro, senza iscriversi sopra i proprj beni per la conservazione de'diritti della moglie, giusta l'art. 2136 del Codice civile. Pietro, secondo acquirente, prende tutte le misure indicate dalla legge onde purgare l'ipoteca legale della moglie; questa tace in tutte le notificazioni che le sono fatte: non vi è iscrizione presa da lei, o per lei dalle persone piuttosto invitate anzichè incaricate dalla legge a prenderla. Per la mancanza dell'iscrizione, nel termine stabilito dalla legge, Pietro, secondo acquirente, paga al marito venditore il prezzo della vendita: egli n'è validamente liberato, ed è al coperto dalle azioni della moglie: ma questa può in seguito rivolgersi, per la conservazione della sua ipoteca legale, contro Paolo primo acquirente: mentre, per la natura ed estenzione della sua ipoteca, essa ha il diritto di esercitarla sopra tutti i beni di suo marito, indipendentemente dall'anteriorità o posteriorità delle vendite che questo ne avesse fatto. È facile il conoscere che Paolo, acquirente, onde evitare questo danno, dee far purgare i beni da lui acquistati, dall'ipoteca legale della moglie del venditore, con i mezzi e con le vie conosciute, inutili a rammentare. Quindi la Corte reale di Orléans, nelle considerazioni della sua decisione citata nel numero precedente, con cui decise che l'ipoteca legale cadeva su tutti i beni della *comunione* a misura che il marito li vendeva, vi ha inclusa egualmente questa: « Donde ne siegue che, nella specie, quelli che han comprato dal marito debbono incolpare sè stessi *di non avere utilmente purgato il fondo dall'azione ipotecaria legale* ».

Vi è di più: il primo acquirente correrebbe pericolo di essere evitto, o di pagare due volte, anche se la moglie, quando n'è capace, giusta le circostanze determinate dalla legge, fosse intervenuta nelle vendite posteriori fatte da suo marito, ed avesse rinunziato alla sua ipoteca legale a favore dei suoi acquirenti. Ecco quanto venne deciso in massima da un decreto della Corte di cassazione, de' 20 agosto 1816, Denevers, anno 1816, pag. 545. Rinvio al decisionista onde potersi conoscere la specie ed i motivi del decreto.

Dirò soltanto che tale decreto è fondato sopra questi inconcussi principj: 1.° che queste rinunzie sono di stretto diritto, e debbono essere limitate alle sole persone in di cui vantaggio sono fatte, secondo l'art. 1165 del Codice civile, e secondo quello che risulta dalla legge 21, al Codice *ad senat. Cons. Vell.*; 2.° che, per una conseguenza della indivisibilità

dell' ipoteca, il creditore ha il diritto di perseguitare il suo pegno, in qualunque mano si trovi, e che la legge non prescrive alcun ordine successivo nell' esercizio dell' ipoteca; ch' essa non fa distinzione tra acquirenti anteriori o posteriori, ciò che è la precisa disposizione della legge 8, ff. *de distract. pign. et hypotec.*; 3.° che non può supporsi alcun dolo, quando si fa uso di un diritto legittimo, e quando il primo acquirente deve a sè stesso imputare di aver pagato il prezzo della compra fatta prima di aver purgato il fondo.

Non debbonsi attendere simili pericoli quando si contrae con persone oneste e morali. Ma il primo fondamento delle decisioni giudiciali deve essere la forza de' principj.

Altri punti di vista sotto i quali la purgazione dell'ipoteca legale è necessaria.

250. Vi sono anche altre ragioni che consigliano la necessità di purgare, per parte dell'acquirente, le ipoteche legali. Primieramente, senza questa purgazione d' ipoteche, l' acquirente può sempre essere molestato dalla moglie, o che vi siano o non vi siano altri creditori iscritti; ciò che è una conseguenza di quanto finora si è detto. In secondo luogo, se vi sono altri creditori iscritti, le di cui ipoteche bisogna che siano purgate, e se, sulla notificazione della trascrizione che dev' essere ad essi fatta, vi è la necessità di venire ad una collocazione fra loro, come rendesi indispensabile, non si sa concepire in qual modo questa collocazione possa farsi senza che la moglie del venditore vi sia intesa; a meno che ad onta delle misure prese dall' acquirente, per effetto dell' art. 2194 del Codice civile nell'idea di purgare il fondo dall'ipoteca legale, ella abbia serbato un assoluto silenzio. Quanto io dico di un marito venditore, si applica egualmente ad un tutore il quale vende, simile essendo lo stato delle cose, e trattandosi sempre d' ipoteche legali per la di cui purgazioni si debbono prendere le stesse misure.

Di fatti è impossibile che, senza sapere se le ipoteche legali saranno purgate o nò, si proceda ad una collocazione, nell' atto che questo giudizio diverrebbe inutile, se la moglie o il tutore surrogato venissero poi a reclamare i loro diritti, ed a domandare la divisione delle collocazioni a quelli tra i creditori che vi avessero partecipato. Conviene del pari osservare, che qualunque iscrizione si estingue in virtù della radiazione fatta sul registro del conservatore delle ipoteche, dietro i pagamenti fatti dal-

l' acquirente a' creditori iscritti dell' ammontare de' loro creditori, per effetto di una graduatoria e sopra il rilascio de' mandati di collocazione, o in conseguenza d' un deposito.

Perlochè, una decisione della Corte reale di Angers, de' 14 luglio 1809, Denevers, anno 1810, pag. 60, *supplem.*, fa conoscere che un acquirente avea fatto a' creditori iscritti le notificazioni volute dalla legge, ma che egli avea ritardato di molto le misure necessarie per purgare il fondo dalle ipoteche legali. Prima dell' adempimento delle formalità atte a giungervi, uno de' creditori iscritti aveva aperto il giudizio di graduatoria; l'acquirente si vide nella necessità di opporsi alla distribuzione del prezzo fino allo spirare del termine accordato per la iscrizione delle ipoteche legali. I creditori contesero questa opposizione; ma essa venne accolta dai primi giudici, ancorchè l'acquirente si fosse egli medesimo sulle prime presentato al giudizio di graduatoria, senz'alcuna protesta. Il giudicato si fondò sul motivo che niuna legge ordina a pena di decadenza la esecuzione delle formalità relative alla purgazione delle ipoteche legali, in un termine qualunque, e che il preventivo adempimento di queste formalità era necessario, onde collocare le ipoteche legali, le cui iscrizioni potrebbero sopravvenire, secondo il rango del loro privilegio, e per non distribuire il prezzo di questo fondo a creditori posteriori nel grado delle loro ipoteche. Questa decisione venne confermata in appello. Quindi, in un' altra decisione della Corte reale di Colmar, de' 31 agosto 1811, riferita da Denevers, anno 1812, pag. 25, *suppl.*, si legge che una moglie, la quale sulle prime aveva creduto male a proposito di non conservare la sua ipoteca legale, e senza della quale erasi proceduto ad una graduatoria, ottenne poi contra i creditori l' ammontare delle somme per cui erano stati graduati. Nondimeno la decisione, attesa la loro buona fede, accordò loro il favore di non essere condannati agl' interessi, se non dal dì della domanda, e non da quello in cui ri ricevettero le somme.

Dietro tutto ciò restasi convinto, che un compratore può sempre essere molestato, a causa delle ipoteche legali, fino a che non adempie le formalità stabilite dall' art. 2194, onde purgarle. Se, quando sono state adempite, la moglie non domanda gl' incanti, e non s'iscrive nel termine di due mesi (ciò che vale ancora per il tutore surrogato), il fondo resta libero in mano dell' acquirente da qualunque ipoteca legale: egli non deve che il prezzo. Intanto, per una giurisprudenza ricevuta, la moglie, anche dopo spirati i due mesi durante i quali avesse taciuto, può presentarsi nel giudizio di ordine, onde domandare la collocazione dei suoi crediti a cui

è annessa l'ipoteca legale. Ma ciò concerne soltanto i creditori, e non l'acquirente. Vedasi quanto dirò all'oggetto nel num. 265.

De' rischi che corre colui il quale presta ad una persona, i cui beni sono gravati da ipoteche legali, anche quando sembra solvibilissimo.

251. Per colui che presta nel caso qui sopra menzionato, la sua situazione è diversa, ed è del pari assai più delicata. Partiamo dalla medesima ipotesi da me stabilita nel num. 249 sulla fortuna di una persona. Pietro ha 100,000 fr. di beni immobili; sua moglie ha un'ipoteca legale di 20,000 fr.; egli contrae un' obbligazione con Paolo per un oggetto particolare dipendente da' proprj beni, dando ipoteca speciale a Paolo, il quale prende iscrizione: in seguito Pietro vende a Giacomo i rimanenti 60,000 fr. di beni che sembrano liberi: Giacomo prende delle misure onde purgarli dall'ipoteca legale della moglie: questa all' incontro tace. Se la purgazione della sua ipoteca si consuma, Giacomo può pagare il prezzo al venditore, e liberarsi dalle molestie della moglie: ma in seguito ella può, secondo i principj esposti, esercitare la sua ipoteca legale sul fondo particolarmente gravato dall' ipoteca convenzionale stipulata con Paolo ad onta dell' iscrizione da costui presa, dovendo l'ipoteca legale essere sempre preferita anche senza iscrizione. Qual'è il partito che deve prendere Paolo onde liberarsi da questa posizione? Si sa ch' egli, essendo semplice creditore, non ha gli stessi vantaggi che avrebbe se fosse acquirente. La facilità con cui avrebbe potuto purgare il fondo dall'ipoteca legale, avrebbe fatta cessare, o, per meglio dire, avrebbe tolta e prevenuta ogni difficoltà.

Primieramente si comprende che, giusta l'art. 2136, vi sarebbe il mezzo dell'azione di stellionato contro il debitore, per non aver preso sopra i proprj beni un'iscrizione per le ipoteche legali di cui erano gravati, o per non aver dichiarato, in tempo che firmava le obbligazioni, l'esistenza di queste ipoteche. Ma questo mezzo ancorchè sia una pruova della previdenza del legislatore, ed atta a frenare l'immoralità, può alla fine essere infruttuoso, e conviene quindi ricorrere ad altro mezzo. Questo creditore non può da sè iscriversi in nome della moglie: una disapprovazione renderebbe ciò inutile. Egli non può neanche iscriversi come suo creditore surrogandosi a' di lei diritti. Egli non è creditore della moglie, e non ha alcun diritto di vigilare come parte interessata alla conservazione de' di lei crediti.

Ella gode in questa circostanza della pienezza de' suoi diritti; è padrona di prendere una iscrizione, o di astenersi dal prenderla.

Ma si tratta di sapere s'ella possa essere costretta dall'autorità del giudice a prendere una iscrizione. Al presente devesi propendere per l'affermativa Sarebbe questo il caso d'invocare la disposizione dell'art. 1167, ove si dispone che i creditori possono in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore *in frode de' loro diritti*. Se il creditore può impugnare, e far dichiarare nullo un atto fatto in frode dei suoi diritti, non si può dubitare che è nello spirito della legge, che possa arrestare un atto il quale tendesse a pregiudicare i suoi diritti, e l'effetto del quale sarebbe irreparabile ove fosse consumato. Si può praticare una frode colla omissione di un atto, come può praticarsi col farne uno, secondo le circostanze. È ivi che il marito e la moglie sono evidentemente in concerto onde tendere una frode. Amendue non potrebbero, senza taccia di mala fede, rifiutarsi a prendere la iscrizione domandata; essa dovrebb'essere ordinata nell'interesse della moglie, come in quello del creditore, avendo la legge fatto conoscere, in un gran numero di articoli, il voto dell'iscrizione in nome della moglie, prima per conservarle la dote, e poi per impedire che i terzi non sieno ingannati. La procedura da tenere in questi casi, non può presentare difficoltà molto gravi. È chiaro che bisognerebbe agire con un'istanza provvisoria. Il creditore, appena istruito di quanto si farebbe dal compratore, in forza dell'art. 2194, e dell'avviso del Consiglio di Stato del primo giugno 1807, citerebbe il marito e la moglie per il fine che ho indicato: citerebbe nel tempo medesimo il compratore onde assistere alla causa e sentir ordinare, se vi fosse luogo, la proroga del termine stabilito per l'iscrizione, tanto dall'art. 2194, quanto dall'avviso del Consiglio di Stato. Il tribunale, onde meglio assicurare l'esistenza dell'iscrizione, potrebbe ordinare che venisse presa dal procuratore del Re.

È chiaro parimente, che se al debitore restasse qualche proprietà, a prescindere da quelle da lui ipotecate, ed indipendentemente dalle altre da lui in seguito vendute, il creditore potrebbe agire contro di lui onde ottenere o il pagamento del suo credito oppure un supplemento d'ipoteca. Sarebbe questa una conseguenza dell'art. 2132. In sostanza si agirebbe secondo le circostanze delle persone e delle cose che è qui impossibile di determinare con precisione.

Non pertanto vi è un mezzo anche più semplice onde render sicuri gli acquirenti ed i creditori del marito, e per alleggerire il peso delle

ipoteche legali relativamente a costui. Voglio parlare dell'uso permesso dalla legge di restringere le ipoteche. Da qui a poco ne indicherò i mezzi.

Delle obbligazioni della donna maritata. Ella può sotto il regime della comunione consentire alla radiazione delle iscrizioni da lei prese sopra i beni del marito.

252. Dopo avere spiegata la natura delle ipoteche legali delle mogli, dopo di aver indicati i mezzi e le precauzioni da prendersi dagli acquirenti e da' creditori del marito, debbo far rilevare le difficoltà che possono elevarsi circa alcune obbligazioni delle medesime mogli, o circa le surroghe che esse potrebbero accordare alle loro ipoteche legali. Quel che io dirò non si può riferire che alle donne maritate sotto il regime della comunione. In quanto poi alla capacità delle mogli in generale, circa le obbligazioni che possono contrarre, io mi sono già spiegato nel num. 33 e seguenti.

Non è da dubitarsi che la moglie, nell'unico interesse di suo marito, ed astrazion fatta dall'interesse della comunione, si potrebbe obbligare o rinunziare a'suoi diritti ed ipoteche. Dal canto del marito questo sarebbe un abuso di autorità. Quando è questione, relativamente al marito, di alleviare il peso d'un'ipoteca legale, che sarebbe più o meno inferiore al valore dei beni, egli può farlo, ma prendendo soltanto le misure indicate negli articoli 2140 e 2144 del Codice civile, ed usando le formalità prescritte da questi articoli.

Ma se, nell'interesse della comunione, per gli affari comuni, o per quelli del marito, la moglie è nella necessità di contrarre delle obbligazioni verso i terzi, ella può farlo col consenso di suo marito. Ella ha dunque la facoltà di obbligarsi, d'ipotecare, ed anche di vendere, sempre col consenso del medesimo; ed allora si presume che la moglie è soltanto garante del marito; ella ha, come qualunque altro mallevadore, il suo regresso contro di lui: ma le sue obbligazioni restano ferme a fronte de' terzi. È questa la disposizione dell'art. 1431 del Codice civile. « La moglie che si obbliga solidalmente col marito, per gli affari della comunione o del marito, non si reputa obbligata relativamente ad esso, se non come mallevadrice: ella debb'esser fatta indenne per l'obbligazione che ha contratta ».

Quando si seguono i progressi della giurisprudenza, si trova che la questione circa la capacità della moglie, nel caso presente incontrò sul

principio degli ostacoli. Ma essi nacquero unicamente dall'aver confusi i casi preveduti dagli art. 2140 e 2144, con quelli di cui si parla nell'art. 1431, ed in altri articoli analoghi a questo, del tutto distinti, e suscettibili di regole diverse. Finalmente la questione venne giudicata in massima dalla Corte di cassazione, con suo decreto de' 12 febbraio 1811, e con un altro de' 12 gennaio dell' istesso anno, citato in una decisione conforme della Corte di appello di Genova, de'30 agosto 1811. Raccolta di giurisprud. del Codice civile, tom. 16, pag. 136, e tom. 17, pag. 417; Denevers, anno 1811, pag. 158. Questa giurisprudenza è stata costantemente seguita da moltissime decisioni delle Corti reali.

Vi è ancor di più: il decreto della Corte di cassazione, dei 12 febbraio 1811, pronunciato dalla sezione civile, nell' interesse della legge, ha giudicato in massima che la donna maritata, la quale erasi solidalmente obbligata con suo marito, di garantire la vendita di un fondo su cui ella avea presa un' iscrizione ipotecaria, poteva dare il consenso a favore dell'acquirente per la radiazione di tal'iscrizione. Questa facoltà era una conseguenza del potere ch' ella aveva di obbligarsi e di vendere coll'autorizzazione di suo marito. Consentendo alla radiazione della sua propria ipoteca, ella faceva soltanto quello che l'acquirente poteva forzarla a fare, dopo le sue precedenti obbligazioni, la di cui esecuzione era fondata in legge. Rimando a'motivi del decreto ed alle conclusioni del sig. Merlin riportate nelle Raccolte. Bisogna arrendersi alla validità dei suoi ragionamenti, ch'erano egualmente sostenuti da una luminosa dissertazione del sig. Tarrible, scritta all'oggetto.

Non è poi del tutto inutile di richiamare l'attenzione su due atti del governo, da'quali Merlin prende argomento con molta forza, in appoggio della sua opinione, e che devono principalmente essere considerati dai conservatori e procuratori regj. L'uno è una circolare del consigliere di Stato, direttor generale de' Diritti riuniti, degli 8 aprile 1807, ove si dispone, che l'ipoteca legale della moglie d'un ricevitore di Diritti riuniti, su' beni di quest'ultimo, svanisce per mezzo della cauzione solidale che ella contrae verso il governo. L'altro è un'istruzione diretta dal ministro della Giustizia, in data de'15 settembre 1806, a tutti i procuratori generali e procuratori regj. Il ministro raccomanda a questi magistrati di non prendere iscrizione in nome di una donna maritata che ha venduto solidalmente con suo marito.

Il timore dell' esercizio dell' ipoteca legale della moglie non può servire di base ad un' iscrizione presa sopra i suoi beni, quando ella medesima sarebbe mallevadrice dell' esercizio della sua ipoteca: in questo caso essa può domandarne la radiazione.

253. Vi possono essere de' casi ne' quali l' ipoteca legale di una moglie su i beni di suo marito cessi, perchè ella sarebbe garante della sua propria domanda. Ciò avvenendo, l' ipoteca legale non può servire di base ad iscrizioni prese sopra i suoi proprj beni; e può ella stessa domandare la cancellazione di queste iscrizioni. Per l' intelligenza della cosa, si rende necessario un esempio, che io prendo da un decreto della Corte di cassazione, de' 18 luglio 1820. Denevers, anno 1821, pag. 109.

« Il 20 germile anno 13, il sig. Valmalette vendè al sig. Augé la proprietà de Fegnat, per il prezzo di 27,000 franchi, che furono sborsati in contanti, colla garanzia ipotecaria che il signor Ganiac, suocero del venditore, diede a vantaggio dell' acquirente per la sicurezza di questo pagamento. A' 16 vendemmiaio anno 14, il compratore fece trascrivere il suo contratto. Niun creditore s' iscrisse, in modo che il fondo restò soltanto affetto dall' ipoteca legale della signora Valmalette, *nata Ganiac, sposa del venditore*. A' 12 di agosto 1817, il sig. Augé s' iscrisse su i beni del sig. Ganiac, in forza della garanzia ipotecaria promessagli da questo ultimo nel contratto di vendita de' 20 germile anno 13.

» Dopo la morte del sig. Ganiac, la sig. Valmalette, figlia ed unica sua erede, domandò la radiazione di questa iscrizione, fondandosi sul motivo che l' ipoteca era divenuta inutile e frustranea, giacch' ella, sola creditrice iscritta sul fondo venduto da suo marito, aveva puramente e semplicemente accettata la eredità di suo padre, e trovavasi quindi obbligata alla garanzia da lui stabilita. Da questo momento, ella diceva, io ho cessato di poter esercitare *contra il terzo acquirente la mia ipoteca legale a causa della mia dote*. Questo terzo acquirente, seguiva a dire, non mancherebbe di oppormi la massima, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, giacchè io, nella qualità di erede di mio padre, sono obbligata a garantirlo da qualsivoglia azione ipotecaria relativa alla proprietà vendutagli da Valmalette, mio marito ».

La Corte di cassazione rigettò il ricorso prodotto contra una decisione della Corte reale di Tolosa, che aveva accolta la domanda. Ho quivi richiamato la specie ed i motivi del ricorso, ciocchè poteasi fare con bre-

vità, onde dispensarmi dal riportare i motivi delle decisioni che vi hanno relazione.

Questo decreto offre un esempio per tutti i casi a cui si possono applicare i medesimi principj. Supponiamo che una persona abbia venduti de'beni dotali di sua moglie, e che, per garantire questa vendita, abbia data un'ipoteca speciale sopra i suoi beni, per effetto della quale il compratore avesse presa iscrizione; è fuori di dubbio, allora, che la moglie del venditore, superstite al marito, potrebbe procurare a'suoi figli, eredi del loro padre, la radizione dell'iscrizione, offrendo di ratificar la vendita dei suoi beni proprj; e se la moglie del venditore fosse morta prima di lui, e dal loro matrimonio fossero nate delle figlie che si maritassero col regime dotale, queste, come eredi del loro padre, ed in tale qualità garanti dei suoi fatti, sarebbero nel diritto di domandare la radiazione dell'iscrizione, la quale da quel momento diverrebbe senza oggetto.

Della semplice obbligazione contratta dalla moglie.

254. Bisogna ben considerare che una semplice obbligazione della moglie, verso un terzo, congiuntamente a suo marito, non è, propriamente parlando, una sorroga da lei fatta all'effetto dell'ipoteca legale sopra i di lui beni, e che quest'obbligazione e la surroga all'ipoteca si regolano con principj che non sono punto gli stessi.

Non vi sarebbe differenza fra una semplice obbligazione per parte della donna maritata e quella che si farebbe da una persona qualunque, senza cessione di alcuna cosa, e senza l'affezione speciale di un fondo. Ora, in quest'ultimo caso quale, sarebbe l'effetto della obbligazione? quello solo di rendere obbligati il debitore ed i suoi beni, salvo a far valere l'obbligazione con i mezzi legali per questi beni. Facciamo l'ipotesi che questo debitore avesse un credito ipotecario ed iscritto su di un fondo; colui verso del quale si sarebbe obbligato, certamente non avrebbe acquistata, in forza di questa semplice obbligazione, la proprietà del diritto ipotecario del debitore. Questo diritto ipotecario potrebbe essere ceduto dal debitore ad ogni altra persona, e non resterebbe al semplice creditore se non il mezzo della opposizione subordinata, che non avrebbe luogo se non in caso di vendita de'beni del debitore, e nell'apertura di un giudizio di graduatoria sul prezzo di questi medesimi beni, secondo l'art. 778 del Codice di procedura. Questo prezzo sarebbe distribuito tra questo creditore e gli altri che, come lui, potrebbero aver preso iscri-

zione prima di chiudersi il giudizio di graduatoria, ma soltanto per contributo, ed in proporzione de' crediti.

Affinchè succedesse il contrario bisognerebbe supporre che le obbligazioni, a misura che si contraggono, avesse l'effetto di attribuire una vera ipoteca sopra i diritti della moglie. Questo avrebbe avuto luogo sotto l'antica legislazione, in cui un diritto d'ipoteca era esso stesso suscettibile di essere ipotecato. Ma non è così nella nostra legislazione, ove non si dà ipoteca sopra ipoteca. Tutto ciò credo di averlo stabilito nel numero 157.

Si concepisce bene che quello ch' io ho detto si applicherebbe non solo nel caso di una sentenza di condanna ottenuta contro una moglie e suo marito, anche solidamente, ma altresì nel caso di una semplice obbligazione. La condanna altro non produce se non l'effetto istesso dell' obbligazione. La solidilità estende la obbligazione, ma non ne cambia la natura; è una obbligazione fatta solo per il debito di un altro come garante. Non ne deriva già una cessione de' beni di uno degli obbligati, sia a favore di uno degli altri obbligati, sia a favore del creditore. Non ne risulta nè anche un'ipoteca sopra il diritto ipotecario appartenente alla moglie su i beni del marito, e non vi è per questo oggetto se non il mezzo dell' iscrizione subordinata. Vero è che una sentenza di condanna ottenuta contro la moglie produrrebbe un' ipoteca generale su i suoi beni a carico dell' iscrizione: ma l'effetto di tale sentenza si limiterebbe a ciò, e non ne deriverebbe altro che d'una semplice obbligazione da essa contratta, una surroga alla sua ipoteca legale sopra i beni di suo marito.

Che non si rimanga meravigliato da un' esposizione di principj che sembrano tanto elementari: essa ha per oggetto di preparare le decisioni di molte questioni importantissime che io dovrò esporre.

Della surroga fatta dalla moglie alla sua ipoteca dotale.

255. Una di tali questioni si è di sapere qual'è l'effetto che bisogna dare alla surroga che una moglie autorizzata da suo marito farebbe a favore di un terzo, alla di lei ipoteca legale sopra i beni del marito, onde assicurare vieppiù l'obbligazione dall' uno e dall' altra solidalmente contratta. Ora siffatta surroga si dovrebbe guardare con un occhio diverso da quello che si guarda la semplice obbligazione. Quegli a cui questa surroga sarebbe stata fatta, e che si presenterebbe ad una graduatoria per la distribuzione di somme ricavate da'beni del marito, non eserciterebbe

i diritti della moglie semplicemente come creditore; ciocchè è il caso della graduatoria subordinata: ma gli eserciterebbe come proprietario di quelli istessi diritti trasmessigli per mezzo della surroga o cessione.

Non si può dubitare che un diritto ipotecario può essere ceduto o venduto come qualunque altra cosa, sia mobile, sia immobile: non è a dubitarsi ancora che sebbene il creditore faccia una semplice surroga e non dica espressamente che egli cede e trasferisce il suo credito, nondimeno questa surroga produce tutti gli effetti della cessione e del trasferimento. È una giurisprudenza antica, confermata da Renusson, *della surroga*, cap. 10, num. 40, e da Auroux des Pomiers, *Statuto del Borbonese*, art. 127, num. 6 (1). Quindi la persona surrogata viene a prendere nella graduatoria l'ammontare del credito ipotecario ceduto, come la moglie istessa l'avrebbe fatto. Se dietro il dedotto del credito per cui la surroga fu fatta, resta altra somma, la moglie ha diritto di prendersela, o quegli altri creditori verso de' quali ella si fosse semplicemente obbligata, e che si fossero subordinatamente iscritti.

Con queste idee furono emanate due decisioni della Corte reale di Parigi, l'una de' 15 maggio 1816, l'altra dei 12 dicembre 1817. Denevers anno 1817, pag. 55, ed anno 1818, pag. 15, supp. Amendue danno la preferenza al creditore surrogato sopra quello che non lo è. A me pare che questa decisione debba fissare le idee relativamente al vantaggio che offre la surroga all'ipoteca legale sopra la semplice surroga della moglie.

Ma la decisione de' 12 dicembre 1817, ha risolute altre questioni suscettibili della più grande attenzione. Nella specie di questa decisione, vi erano molti creditori successivamente surrogati all'ipoteca legale della moglie, e venne deciso che ciascuna di queste surroghe avrebbe il suo effetto sino alla concorrenza del credito per cui erasi fatta, dando la preferenza sopra gli altri. Fu deciso che per le surroghe consentite dalla moglie, ella erasi successivamente spogliata, e fino alla concorrenza dell'ammontare di ciascuna di queste surroghe, de' diritti provvenienti dalla sua ipoteca legale, e ch'ella non avea potuto, con surroghe posteriori, pregiudicare quelle alle quali avea precedentemente acconsentito.

Ma questa decisione non è senza difficoltà, ed eccone la ragione. In generale molte persone, surrogate all'ipoteca di un solo creditore, non hanno

(1) Parlando a rigore, si potrebbe ritrovare una differenza relativamente agli effetti, fra la cessione o trasferimento, e la surroga. Taluni scrittori ne hanno fatta l'osservazione; ma questa distinzione è quasi inutile in pratica. Intanto si può vedere quanto ne dice il sig. Persil, *Regim. ipot.*, art. 2103, §. 2, num. 11.

alcuna preferenza l'una sopra l'altra: esse concorrono tutte per i loro crediti per i quali sono state surrogate, e colla sola data dell'ipoteca del credito a cui ciascuna di loro è stata parzialmente surrogata. Si può vedere ciocchè dirò relativamente a questo nel numero 297.

Intanto io credo che si debba riguardare come giusta l'opinione adottata dalla decisione, e che il principio da me richiamato alla memoria non ha luogo, in generale, se non quando si tratta di una surroga consentita da un creditore, astrazion fatta da ogni obbligazione ch'egli contrae, e da qualsivoglia liberazione che egli intenda di procurarsi; e quando trattasi di una surroga fatta per il solo interesse di coloro che la domandono. Ma quando la surroga avviene per effetto di una obbligazione contratta dal surrogante, che ha la facoltà di obbligarsi, o che vuol liberarsi da un creditore, allora ripugnerebbe a'veri principj relativi alle obbligazioni, il dire che la surroga non produca il rilascio della porzione del credito per cui essa si sarebbe consentita. Questo lo feci già osservare nel num. 93. Siffatta osservazione viene coufermata dall'indicata decisione. Del resto, si vede bene che questo è un avvertimento onde prevenire la difficoltà; ciocchè può farsi con una stipulazione semplicissima.

Secondo la medesima decisione de' 12 dicembre 1817, il primo de'creditori surrogati all'ipoteca legale della moglie erasi iscritto sopra i beni del marito gravati dalla sua ipoteca, ma senza far parola della surroga fattagli dalla moglie del debitore. Il secondo creditore, al contrario, erasi iscritto ed aveva fatta espressa menzione della surroga fattagli dalla moglie del debitore. L'iscrizione era stata presa non solo in forza di questa surroga, ma anche in virtù dell'obbligazione contratta dal marito e dalla moglie. Si cercava sapere se nel concorso de'surrogati per parte della moglie non fosse giusto di accordare la preferenza a colui che, il primo, aveva fatta iscrivere la surroga. La Corte reale di Parigi credè doversi fissare il diritto di ciascuno de'creditori surrogati, secondo la data delle surroghe, astrazion fatta dalla mancanza d'iscrizione, e fondandosi sul principio che l'ipoteca legale esiste indipendentemente da qualunque iscrizione.

Or, è qui che s'incontrano gravi dubbj. La massima di questa decisione non si può applicare a tutti i casi, talchè essa diviene suscettibile di grandi modificazioni. Difatti, può concepirsi che se per un concorso di circostanze accade che il creditore surrogato all'ipoteca legale della moglie, si presenti onde prendere l'ammontare del suo credito, sia in un giudizio di graduatoria, sia altrimenti, egli potrà riceverlo secondo la data

dell'ipoteca legale, cui sarà stato surrogato dalla moglie, quantunque nella sua iscrizione non si fosse parlato di tale surroga. Per verità bisogna convenire che l'ipoteca, essendo legale nella sua origine, passa al creditore surrogato con questa qualità e col privilegio che vi è annesso. Ora il privilegio di quest'ipoteca legale dovendo essere esente dall'iscrizione, sino al giudizio d'ordine, il creditore surrogato può opporre che nel modo stesso la moglie potrebbe ricevere la sua dote, senz'essersi preventivamente iscritta, così anche il creditore che la rappresenta, e che è surrogato in tutti i suoi diritti, ha giusta ragione di reclamare quello che spetterebbe alla moglie del debitore, sebbene non avesse fatta iscrivere la surroga, ma soltanto l'obbligazione.

Ma questa pretensione sarebbe anche fondata se, come nella specie della decisione, vi fossero altri creditori posteriori del marito, i quali fossero stati surrogati all'ipoteca legale della moglie, e si fossero iscritti su i beni del marito, tanto in virtù della obbligazione, quanto in forza della surroga della moglie? Io credo che la negativa sarebbe senza opposizione; se ne comprende facilmente la ragione. Questi ultimi creditori surrogati potrebbero rimproverare al primo creditore surrogato, di averli indotti in errore per non aver avuto, com'essi, la precauzione di prendere iscrizione in forza della surroga della moglie alla di lei ipoteca legale. Potrebbero dire che se il primo creditore avesse loro fatta conoscere coll'iscrizione la surroga ottenuta dalla moglie, essi non avrebbero contratta nè con questa, nè col marito: che questi gli avrebbero ingannati, facendo fare dalla moglie in di loro favore una surroga all'ipoteca legale, la quale restava infruttuosa, per la prima surroga da essi ignorata; essi direbbero che l'iscrizione del primo creditore surrogato avrebbe dovuto rammentare la surroga all'ipoteca legale, per valere almeno come notizia di un trasferimento, necessaria per far sequestro in mano del cessionario, e premunire così i terzi dalle frodi che, per l'ignoranza nella quale sarebbero rimasti, potrebbero venire concertate fra il marito e la moglie.

Nè questo è tutto: l'iscrizione in forza della surroga potrebbe divenire necessaria per un altro riflesso, ch'è quello dell'interesse dell'istesso creditore surrogato. Ciò accaderebbe quando un compratore de'beni del marito prendesse, relativamente alla moglie, le misure indicate dalla legge per purgare la sua ipoteca legale. Se la moglie, che avesse fatta la surroga legale a un terzo, tacesse, malgrado che il compratore avesse prese queste misure, e se questo compratore, non conoscendo la surroga, pagasse il credito della moglie, ciocchè almeno in alcuni casi si potrebbe

fare; egli sarebbe validamente liberato, ed il creditore rimarrebbe privo dell' effetto dell' ottenuta surroga.

Da questo risulta dunque che il creditore del marito, surrogato all' ipoteca legale della moglie, deve sempre, per non inciampare in alcun funesto rischio, iscriversi sui beni del marito, sia in forza dell' obbligazione, sia in forza della surroga accordata dalla moglie.

Vi sono due specie di surroga: l'una espressa, e l'altra tacita.

256. Non si può trattare dell' effetto di una surroga all' ipoteca della moglie, senza osservare quello che caratterizza l' esistenza della surroga. Questo puole accadere in due modi, o espressamente o tacitamente; e l' una ha la medesima virtù dell' altra. Avviene lo stesso di tutte le obbligazioni, quando la legge non indica forme particolari perchè operino il loro effetto. Perlocchè la tacita surroga ha luogo quando la moglie non si contenta di obbligarsi verso di un terzo con suo marito, ma ipoteca unitamente con lui un fondo di proprietà del marito, o formando parte della comunione. Concorrere col nostro debitore ad ipotecare un fondo che ci fu ipotecato, è un rinunciare alla propria ipoteca sopra questo fondo per investirne colui verso il quale questa ipoteca si promette. Vi è anche una surroga tacita ad una ipoteca, se nel medesimo tempo che una persona si obbliga con un' altra, concorre con quest' ultima alla vendita del fondo che le sarebbe ipotecato: questa persona concorrendo in questo modo alla vendita, trasmetterebbe la sua ipoteca al compratore.

Questi principj che si sosterrebbero per loro medesimi, possono essere appoggiati, almeno per induzione, dalle disposizioni della legge 4, §. 1, della legge 7, della legge 8, §. 6, e della legge 9, §. 1, ff. *quibus modis pign. vel hypot. solv.* Il risultato delle tre prime leggi è che il creditore il quale consente alla vendita del fondo a lui ipotecato, rinuncia alla sua ipoteca. *Si in venditione pignoris consenserit creditor, dicendum erit pignus liberari.* E secondo l'ultima legge, colui che avesse prestato il consenso ad un' ipoteca sul fondo che gli è stato ipotecato, si dovrebbe stimare come se avesse ceduta la sua ipoteca al secondo creditore. Questi principj sono stati anche adottati da due decisioni, l' una de' 16 gennaio 1819, profferita dalla Corte reale di Parigi; l' altra de' 22 luglio del medesimo anno, resa dalla Corte reale di Lione. Denevers anno 1819, pag. 23; e 1820, pag. 1.ª, *sup.*

Secondo la prima decisione, il signore e la signora Florent, avevano

a' 27 gennaio 1814, prestato il loro consenso a favore del signor S. Quentin per una obbligazione di 30,000 fr. per la cui sicurezza e garanzia avevano data congiuntamente in ipoteca la proprietà detta Vignoles, che era un acquisto della loro comunione. Questa ipoteca erasi iscritta in tempo utile. In seguito con atto de' 30 maggio 1816, la signora Florent, in allora separata di beni, fece *una cessione di tutti i suoi diritti*, a favore del sig. Lemoine, *con surroga alla sua ipoteca legale*. Un giudizio di graduatoria si aprì sul prezzo del fondo detto Vignoles. Si elevò una controversia di preferenza tra il sig. Lemoine ed il sig. Quentin. Il primo diceva, in appoggio della sua domanda di preferenza, che il sig. S. Quentin, non avendo alcuna surroga *espressa* per parte della signora Florent, non poteva proibire a costei, e al suo cessionario, di esercitare diritti dei quali ella, coll' atto de' 27 gennaio 1814, non si era spogliata. Ma venne conosciuto in massima, che la stipulazione dell' ipoteca, per parte della sig. Florent unitamente a suo marito, sopra i beni gravati dalla sua ipoteca legale, racchiudeva una tacita surroga, che equivaleva alla surroga espressa; e che sebbene il sig. Lemoine avesse un' espressa surroga, la prima però, che aveva lo stesso valore, doveva essere preferita, perchè anteriore.

Nella seconda decisione era questione di una obbligazione di 6,000 fr. fatta a' 7 ottobre 1811, dal signore e dalla signora Lambert a favore del sig. di Rochetaillé. Essi si erano solidalmente obbligati, al pagamento di questa somma, e per assicurarla, avevano sottoposti *ad ipoteca speciale i fondi che possedeva il sig Lambert*, da loro dichiarati, sotto pena di stellionato, di non essere in quel tempo sottoposti ad alcun'altra ipoteca, tranne quella concessa a favore delle due sorelle del sig. Lambert. Il sig. di Rochetaillé aveva presa iscrizione in danno dei suoi debitori. A' 19 dicembre 1816 la sig. Lambert si rese mallevadrice di suo marito verso il sig. Daviot, creditore di quest'ultimo in forza di sentenze e decisioni, per la di lui cui sicurezza, *ella surrogò il sig Daviot al beneficio dell' ipoteca legale* che ella aveva acquistata su i beni del marito. Un giudizio di graduatoria si aprì, sopra i fondi che il sig. Lambert avea venduti, per la distribuizione del prezzo. Elevossi la medesima controversia di preferenza fra il signor Daviot ed il sig. di Rochetaillé. Daviot sosteneva che egli aveva un' espressa surroga per parte della moglie di Lambert, a causa della di lei ipoteca legale; che questa surroga lo costituiva proprietario dell' ipoteca, e che egli avrebbe potuto del tutto esercitarla al pari che l'istessa sig. Lambert. Egli diceva che il sig. di Rochetaillé, non avea il mede-

simo vantaggio perchè il suo titolo non conteneva che un' obbligazione solidale contratta congiuntamente dal marito e dalla moglie, il quale quantunque anteriore a quello del sig. Daviot, non gli attribuiva però alcun diritto di preferenza o di anteriorità, poichè, per parte della moglie obbligata, non avevasi una surroga espressa alla sua ipoteca legale. La Corte reale di Lione decise che la prima obbligazione della sig. Lambert conteneva virtualmente il medesimo effetto della seconda, e che la prima doveva essere preferita per la sua anteriorità. Essa ammise, come principio, che « la surroga, o rinunzia ad un'ipoteca legale, poteva farsi espressamente, o tacitamente; è espressa quando trovasi stipulata in termini diretti o formali nell'atto nel quale si è convenuta; è tacita quando si vede risultare chiaramente dall' insieme delle disposizioni racchiuse nell'atto, in modo da non potersi loro ragionevolmente attribuire un senso tutto diverso. È questo quello che avviene, per esempio, quando la moglie obbligata congiuntamente a suo marito, ha con lui proceduto, sia all'alienazione d'un fondo sul quale gravitava la sua ipoteca legale, sia all'ipoteca medesima del fondo a favore del creditore verso del quale essa personalmente si obbligò. . . . . e che del resto, sia che la surroga o rinunzia all'ipoteca legale fosse stata espressa, o pur tacita, in amendue i casi essa deve avere tutto il suo effetto e vigore. »

Osservazioni relative alla preferenza accordata alla surroga sulla semplice obbligazione.

257. Ho veduto elevarsi delle difficoltà circa l'effetto che deve avere, secondo quello che fu detto, la surroga fatta dalla moglie relativamente alla semplice obbligazione da lei contratta. Si accordava assai bene che se la surroga fu fatta prima delle semplici obbligazioni, essa attribuiva al creditore surrogato il diritto di prendere, nel giudizio d'ordine, quanto sarebbe spettato all'istessa moglie, in preferenza di tutti gli altri creditori del marito, verso de'quali ella si è obbligata a favore de'creditori di suo marito, ella non poteva, anche colla surroga alla sua ipoteca legale, distruggere l'effetto dei suoi primi obblighi.

Coloro che si appigliavano a questa opinione, la sostenevano dicendo essere senza difficoltà che la moglie non potrebbe essa medesima prendere le somme che le spetterebbero a danno de'creditori verso de'quali si fosse obbligata; ed i suoi creditori da lei in seguito surrogati, non avendo un diritto maggiore del suo, non potrebbero nè anche riceverle. Soggiugne-

vano che il creditore, il quale accetta l'obbligazione della moglie, resterebbe in seguito ingannato, se un nuovo creditore al quale questa facesse una surroga alla sua ipoteca legale, venisse ad escluderlo in un giudizio di graduatoria. In una parola, difficilmente si concepiva il vantaggio della surroga alla ipoteca legale sia espressa, sia tacita, sopra la semplice obbligazione, quando ella era anteriore alla surroga.

Ma tutte queste difficoltà non potevano risultare se non dalla confusione che facevasi degli antichi e dei nuovi principj; ed è per rischiarare più particolarmente siffatte difficoltà che ho procurato, ne' numeri precedenti, di sviluppare con precisione i principj relativi alla semplice obbligazione, ed a quelli riguardano la surroga. Si è osservato che non può esservi ipoteca sopra un ipoteca. Ora, è indubitato che una semplice obbligazione non investe, per un effetto suo proprio, il creditore di alcuna porzione de' beni del debitore; che il creditore ha solo il diritto di esercitare le sue azioni su i beni del debitore, con i mezzi legali. Il creditore che ha semplicemente la moglie per obbligata, non è investito del diritto ipotecario dovuta a questa. S'egli vuol dirigersi su questo diritto, non ha altro mezzo che quello dell'opposizione per una graduatoria subordinata, come qualunque altro creditore; mentre il creditore cui la moglie ha fatta una surroga alla sua ipoteca legale, s'impossessa, a titolo di proprietario, del diritto d'ipoteca ch'è un diritto reale sul fondo; e non tocca niente al semplice creditore se nulla rimane dopo il ricevimento del credito pel quale è stata fatta la surroga.

Quando è questione di determinare i diritti di proprietà, come nella specie, conviene necessariamente regolarsi con i principj del diritto, quantunque dilicati e sottili: ciocchè accade qualche volta, secondo la natura delle materie: ma finalmente questi principj esistono. Non si è mai potuto assimilare un semplice creditore ad un proprietario d'una cosa. Un debitore che, nonostante la sua obbligazione, rimane proprietario d'un oggetto, ha il diritto di disporre del medesimo. Colui che si contenta di una semplice obbligazione, deve rimanere nello stato in cui si è messo. Egli può far sequestrare gli oggetti mobili del suo debitore: e l'opposizione per graduatoria non può paragonarsi che ad un tale sequestro. Ma se prima del sequestro, il debitore al quale questi diritti eran dovuti, n'è stato soddisfatto o ne ha validamente disposto, come potea benissimo disporne finchè ne avea egli la proprietà, allora ogni diritto di sequestrarli sparisce. La possibilità di commettere delle frodi, almeno in questa specie, non è un diritto determinante. D'altronde la frode non potrebbe

viziare un atto se non quando le due parti contraenti fossero di mala fede, ed avessero voluto respettivamente prestarsi a questa frode. Ora, si vede bene che colui il quale si è fatto surrogare all'ipoteca legale della moglie, poteva ignorare le semplici obbligazioni che si trovavano già contratte; e quando anche ne avesse avuta conoscenza avrebbe potuto credere, secondo le leggi, ch'egli acquisterebbe un diritto di cui un creditore del marito, verso del quale la moglie si fosse semplicemente obbligata, non era investito: *vigilantibus jura subveniunt*.

È anche vero che il creditore verso cui la moglie si è obbligata semplicemente, avrebbe il diritto di riscuotere il prezzo, in tutte le circostanze, fino a che trovasi solo a fronte della moglie; e questa non avrebbe il diritto di contrastarglielo. Ma perchè? Perchè ella in qualità di debitrice deve far valere la sua obbligazione. Questa qualità la renderebbe garante del reclamo che avanzerebbe come creditrice di suo marito. Ma si concepisce bene la differenza che vi è fra questo caso e quello del creditore surrogato, il quale viene come proprietario del diritto ipotecario di cui la moglie era stata privata colla surroga o cessione da lei fattane.

Contra questa mia opinione ho veduto opporre le disposizioni degli articoli 1166 e 2092 del Codice civile. In primo luogo l'art. 1165 dispone: « Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti: esse non pregiudicano, nè giovano ai terzi ecc. ». E l'art. 1166 non è che una modificazione di questo primo articolo: « Nondimeno i creditori possono esercitare tutti i diritti, e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali ». Nell'art. 2092, si dispone: « Chiunque si è obbligato personalmente, è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni su tutt'i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri ». Continuando l'opposizione dicesi: Il creditore tiene obbligati tutti i beni del debitore, e può quindi esercitare su tutti questi beni i suoi diritti: dunque il debitore non può impedirglielo con atti posteriori.

Non vi è conseguenza più falsa di quella che deducesi da questi articoli, onde dare ad una semplice obbligazione il medesimo effetto di una surroga, che contiene una cessione, un vero trasferimento. I principj elementari contenuti in questi articoli, si osservarono in ogni tempo. Nelle antiche leggi ed in tutti gli antichi libri si legge che *colui il quale si obbliga, obbliga tutti suoi beni*. Che cosa intese dire con ciò il legislatore? Che tutto quello che può avere e che avrà il debitore potrà essere soggetto al pagamento del suo debito. L'art. 2092 fu redatto per preparare

la disposizione contenuta negli art. 2093 e 2094, che formano la base di ogni sistema ipotecario. In essi si dispone: « I beni del debitore sono la comune garanzia de' suoi creditori, ed il prezzo si repartisce fra essi *per contributo*, quando non vi sieno *cause legittime di preferenza fra i creditori* ». Le cause legittime di preferenza sono *i privilegj e le ipoteche*. Le obbligazioni non procurano dunque che delle azioni, e queste sono più o meno utili secondo il privilegio e la preferenza che esse ottengono secondo le forme stabilite dalla legge.

Un creditore accetta dal suo debitore una semplice obbligazione. In seguito il medesimo debitore contrae con un'altra persona una obbligazione con ipoteca speciale seguita dall'iscrizione. Il primo creditore si potrebbe opporre all'esercizio del diritto ipotecario del secondo, dicendo che il medesimo fondo gli era *obbligato?* Nò, mentre il secondo ha una ipoteca e il primo ha una semplice obbligazione. Ora, se l'ipoteca produce questa preferenza, come mai colui che ha la proprietà non dovrebb'essere preferito a quell'altro che ha una semplice obbligazione? Una preferenza proveniente dalla proprietà è anche più potente di quella che ricavasi dall'ipoteca. Il creditore ha senza dubbio la facoltà di esercitare i diritti del suo debitore; è questo l'antico principio: *creditor in universum jus debitoris succedit*. Ma questo esercizio è sempre subordinato a'diritti di privilegio o di preferenza acquistati da altri creditori, diritti che non si è procurato colui che ha una semplice obbligazione. Un contributo proporzionale de'crediti è la regola generale tra i creditori: ma questa regola cede alle eccezioni stabilite dalla legge, le quali danno i diritti di privilegio, di preferenza e di proprietà sopra la cosa semplicemente obbligata.

Così la surroga all'ipoteca legale deve avere il suo effetto contra tutti i creditori del marito, verso de' quali la moglie si è semplicemente obbligata, tanto se le obbligazioni sieno anteriori, quanto se sieno posteriori alla surroga.

Oltre che queste riflessioni mi sembrano decisive per sè stesse, io posso anche fondare la mia opinione sopra le due decisioni già citate, l'una della Corte reale di Parigi, de' 16 gennaio 1819, e l'altra della Corte reale di Lione, de'22 luglio dell'istesso anno. L'opinione da me avanzata trovasi chiaramente nello sviluppo de' motivi di queste decisioni. « Considerando, si dice nella prima, che nel regime della comunione la moglie può, coll'autorizzazione del marito, *alienare la sua dote ed i suoi diritti, che non sono altro che tanti crediti contro del marito*; ch' ella può quindi cedere e trasferire la sua ipoteca legale sottoposta a questi cre-

diti, surrogare ed accordare l'anteriorità su di essa a favore de'creditori che ella surroga; che queste surroghe *possono andar unite colla buona fede*, e che il creditore, che non ha una surroga, deve incolpare a sè stesso di non averla ottenuta ».

Le parole della seconda decisione sono del pari concludenti: « Attesochè, si dice, è principio costante che non vale l'ipoteca su d'una ipoteca (ciocchè per altro è vero soltanto nella nuova legislazione); e che quindi tra i creditori che hanno tutti un'obbligazione solidale, o la garanzia della moglie d'un debitore, non vi è mai luogo di stabilire, secondo la data dei respettivi titoli, alcun diritto di preferenza o di anteriorità; ma che nel tempo istesso non si può dubitare che una moglie dopo essere stata garantita da suo marito, ciocchè non è per parte sua *che una obbligazione personale, la quale d'altronde le accorda la libera amministrazione dei suoi beni e dei suoi diritti in quello che possono consistere, può quindi validamente surrogare ogni altro creditore alla sua ipoteca legale*, o rinunziarvi a suo vantaggio: il che per parte della moglie è una vera alienazione del diritto d'ipoteca che le appartiene; e che il creditore il quale ha ottenuto una tale surroga o rinunzia, *deve essere preferito senza difficoltà* quando debbonsi distribuire i denari dotali della moglie a *creditori anteriori in di cui favore ella non avesse consentita che una semplice garanzia*, un'obbligazione personale ».

Mio sentimento è dunque che bisogna attenersi all'autorità di queste decisioni, perchè basate e sopra la ragione e sopra i veri principj. Queste difficoltà spariranno quando ci saremo un poco più familiarizzati col sistema delle ipoteche, quando finalmente si sarà perduto di mira questo antico principio, che può esservi ipoteca sopra un'ipoteca. Si potrà anche allora esser sorpreso ch'io sia disceso a questi esami: ma nel momento in cui scrivo io li stimo utili.

Non vi è dunque creditore che non senta tutto il vantaggio che ha la surroga all'ipoteca legale per parte della moglie del debitore (nel regime della comunione, giacchè tutto questo è estraneo al regime dotale), sopra una semplice obbligazione per parte della moglie unitamente a suo marito.

Regole da seguirsi nel caso della vendita consentita solidalmente dalla moglie e dal marito.

258. Alcune volte accade che il marito e la moglie vendono solidalmente un fondo della comunione, o un fondo di proprietà di uno di

essi. Giova formarsi idee esatte sopra il grado di utilità che può procurare all'acquirente la partecipazione della moglie al contratto di vendita.

Conviene subito riflettere ch'è indifferente, nell'interesse del compratore, che vi sia una semplice vendita solidale per parte del marito e della moglie, senza surroga espressa all'ipoteca della moglie, o che la vendita contenga espressamente questa surroga. La ragione è che, come ho detto, la partecipazione solidale al contratto di vendita, per parte della moglie, equivale ad un'espressa surroga. Intanto, è sempre meglio di stipulare formalmente questa surroga.

Colui che acquista, e che non paga il prezzo del suo acquisto, non deve senza gravi motivi far entrare la moglie solidalmente nella vendita col marito; non può determinarsi a far questo se non per timore di qualche molestia, o evizione: giacchè se questa causa non esiste, non vi è alcun bisogno dell'obbligazione della moglie; egli è al coperto dalla di lei ipoteca, prendendo le misure stabilite dall'art. 2194 del Codice civile, e dal parere del Consiglio di Stato, del 1 giugno 1807. Se la moglie tace, il fondo resta libero dalla sua ipoteca nelle mani del compratore, salvo alla moglie di presentarsi al giudizio di graduatoria, ciocchè concerne soltanto i creditori, in modo che le misure indicate producono l'istesso effetto della vendita fatta solidalmente dal marito e dalla moglie. Questo non è ancor tutto: stando a questa semplice misura l'acquirente viene esonerato da moltissime cure, che divengono necessarie quando si vuole esercitare l'ipoteca legale, la quale vorrebbe seguire col mezzo della surroga; mentre colui che ha sborsato il prezzo della compra, ciocchè probabilmente sarà stato l'effetto di talune disposizioni del venditore di non alienare se non sotto questa condizione, ha il più grande interesse, specialmente se vi sono dell'iscrizioni prese a danno del venditore, d'invigilare alla conservazione de'diritti della moglie coll'idea di esercitarli egli stesso, il che richiede molta attenzione.

Il compratore, che si trova in questo caso, si può dispensare dal prendere relativamente alla moglie, le misure da me indicate. Queste sarebbero contraddittorie colla surroga all'ipoteca legale. Egli non può temerne l'esercizio, giacchè quest'esercizio appartiene al compratore, per la sicurezza della compra. Egli non deve temere gl'incanti, la di cui provocazione è uno degli oggetti delle misure istesse, mentre l'incanto non è che un atto col quale si esercita l'ipoteca rinunziata dalla moglie a favore del compratore. È massima che nè il venditore, nè coloro che sono concorsi alla vendita possono promuovere e domandare l'incanto.

Qui cadono in acconcio le riflessioni da me fatte nel n.° 252 in quanto all'effetto delle obbligazioni convenute solidalmente dal marito e dalla moglie, parlando sempre della comunione di cui è quivi questione. Ivi si conobbe come l'ipoteca legale della moglie di un ricevitore de'Diritti riuniti, sopra i beni di quest'ultimo, svanì col mezzo della cauzione solidale ch'ella contrasse col governo. E si conobbe del pari che il ministro della Giustizia raccomandò a'procuratori del Re non prendere iscrizione in nome della moglie *che ha venduto solidalmente con suo marito.*

Il compratore, ch'è nella circostanza di cui si tratta, non deve dunque aver in pensiere altro scopo che quello di conoscere l'ipoteca legale della moglie, e di conservarla unicamente per lui, per giovarsene nell'occorrenza quando si procederà al giudizio di graduatoria. Ora, per adempire questo scopo convien costringere la moglie a prender l'iscrizione, senza che le misure relative alla purgazione delle ipoteche legali sieno state osservate. Se la moglie non prende iscrizione, egli potrà prenderla per lei ed in suo nome come creditor surrogato. In fine se la moglie non si volesse presentare al giudizio di graduatoria, egli la inviterà ad assistervi, per dichiarare in che consistono i diritti derivanti dalla sua ipoteca legale, il cui ammontare spetterà, se vi è luogo, a quest'istesso creditore surrogato (1).

Tutti gli atti che ho indicati sono necessarj onde il compratore surrogato possa al tempo della graduatoria fissare con gli altri creditori i diritti della moglie, la di cui liquidazione è necessaria per essi. Questi atti sarebbero indispensabili anche nell'interesse del compratore surrogato, acciò non resti garante verso la moglie delle omissioni di collocazione che potrebbero aver luogo per i di lei diritti.

Questa teoria si conoscerà più facilmente col soccorso della pratica; qual pratica io la trovo in un decreto della Corte di cassazione, de' 14 gennaio 1817, Denevers, lo stesso anno, pag. 97, e Sirey id. par. 1.ª pag. 146. Secondo questo decreto una persona aveva fatta una compra da un marito ed una moglie, obbligati in solido. Il valore della compra fu pagato in contante. Il compratore videsi costretto a trascrivere: alcune iscrizioni lo esponevano a pagar due volte il valore della menzionata compra. Egli quindi fece trascrivere, e prese le sue misure onde purgare il fondo

(1) La moglie può sempre presentarsi al giudizio d'ordine, ed un creditore surrogato può presentarsi per essa, quantunque non siavi stata iscrizione ne'due mesi dall'affissione del contratto, enunciata nell'art. 2194 del Codice civile. Veggasi il num. 266.

dalle ipoteche legali. Ma ciocchè è essenziale ad osservarsi, è che egli non fece fare alcuna notificazione alla moglie. Sembra che egli l'avesse fatto coll'idea di evitare la difficoltà da me indicata, e che bentosto sarà sviluppata. Ne' due mesi prescritti dalla legge non vi fu iscrizione, nè per parte sua, nè per parte della moglie. Ma dovendo questa ripetere una somma di 29,650 fr. in forza della sua ipoteca legale, egli diresse contro di lei una procedura per fare che ella si fosse presentata nel giudizio di graduatoria, ond'essere collocata per le somme a lei spettanti ed a lui delegate, affin d'indennizzarsi così delle perdite che doveva soffrire pagando due volte il prezzo della sua compra.

Queste conclusioni vennero accolte, ma la moglie non si presentò nel giudizio d'ordine. Allora il compratore si presentò egli stesso, e rinnovò la sua domanda di graduatoria, come colui ch'esercitava i diritti della sua debitrice. I creditori si opposero a questa domanda, sostenendo che l'ipoteca legale era stata purgata dal silenzio tenuto dalla moglie durante i due mesi stabiliti dalla legge. Le opposizioni de' creditori furono rigettate: ma penetrandosi dello spirito della decisione, si conosce che ciò fu perchè, secondo la procedura, non ci era stata purgazione dell'ipoteca legale della moglie. Non avea fatta alcuna notificazione: una ve n'era stata al procuratore del Re, ma questa non suppliva a quella che doveva essere fatta alla moglie. Facendo le altre notificazioni poteva il compratore avere in pensiero di purgare tutte le ipoteche legali che avessero potuto esistere, diverse da quella della moglie che a lui aveva fatta la vendita unitamente al marito. Non facendo alla moglie la notificazione prescritta dalla legge, *egli non l'aveva posta in mora onde prendere iscrizione, ed avea lasciati sussistere tutti i diritti di questa moglie sopra il fondo che gli era stato legalmente ipotecato.* Fu deciso perciò, che il compratore poteva riscuotere l'ammontare dell'ipoteca legale, nel modo istesso che avrebbe potuto farlo la moglie, se fosse stata in giudizio.

I creditori opponevano al compratore un'altra ragione, dicendo che la moglie vendendo solidalmente con suo marito, aveva necessariamente rinunciato all'ipoteca ch'ella vantava sopra il bene venduto: ch'ella lo aveva fatto in un modo generico, e non già in un modo positivo e formale in vantaggio del compratore; e che fin d'allora questi non poteva esercitare de' diritti che la sua stessa debitrice non poteva far valere. Ma questo non era che un sofisma, ed è sorprendente che un tal mezzo avesse potuto essere adottato nella Corte reale, la cui decisione fu annullata. Si vede bene con quanto fondamento questo mezzo fu riget-

tato dalla Corte di cassazione. Secondo l'art. 1165 del Codice civile, le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti. La rinunzia che nasceva dall'obbligazione della moglie, non potea giovare ad altri, se non all'acquirente, ed è estranea a tutti gli altri creditori.

Deggio qui far osservare che quest'ultima riflessione si applicherebbe a qualunque altra obbligazione della moglie di cui ho fatto parola, come quella che nascerebbe dall'ipoteca ch'ella avesse acconsentita unitamente con suo marito, o di una surroga ch'ella avesse fatta a favore d'un creditore alla sua ipoteca legale.

Perchè i creditori della moglie potessero riscuotere le somme per le quali fu essa collocata, è necessario che ella sia separata di beni?

259. Nella decisione che ho riportata opponevasi ancora al compratore che egli non poteva prendere l'ammontare dell'ipoteca legale della moglie, di cui voleva esercitare i diritti, giacchè questa non era separata di beni dal marito; e la decisione della Corte reale di Amiens credè che preventivamente doveva essere fatta questa separazione. La Corte di cassazione giudicò in contrario con una ragione decisiva, cioè che il marito della moglie obbligata, era *fallito*, e che secondo l'art. 1446 del Codice civile, i creditori personali della moglie, anche non separata di beni, possono valersi de' diritti della loro debitrice, quando vi è timore di *fallimento o di prossima decozione del marito.*

Ma questa controversia ci mena naturalmente all'altra, se in generale, nella circostanza presente, la separazione de' beni della moglie sia necessaria; poichè ben si vede che essa non venne giudicata dalla decisione. Ne risulta solo che non vi era luogo ad elevarla, giacchè, nella questione particolare, il marito era nello stato di fallimento. D'altronde, se non vi è aperto fallimento, può esservi *decozione*, e giova sapersi ciocchè deesi intendere con questa espressione, poichè nel Codice non se ne ritrova la definizione.

Ora è più che vero che in generale la moglie, non separata di beni, non può ripetere la sua dote dal marito, giacchè il diritto di goderne è una conseguenza essenziale dell'autorità del marito, la quale non cessa che colla separazione de' beni, o collo scioglimento del matrimonio. Si conoscono anche gl'inconvenienti che vi sarebbero se i creditori di una moglie potessero,

senza il suo consenso, domandare la separazione de' beni. Intanto può dirsi, con fondamento, che questo ha luogo per le semplici azioni della moglie debitrice contra il marito, onde far pronunziare su i suoi diritti contra di questo, e per fargli dichiarare acquistati. Ma quando la moglie si è obbligata col marito, secondo la facoltà che la legge le accorda, e quando i diritti del marito sono aperti, e la somma vicina ad essere riscossa, vi è ragione a credere che allora il creditore sia fondato a riceverla, indipendentemente dalla separazione de' beni. La moglie ed il marito sono coobbligati solidali: ora come mai potrebbe accadere che fattasi una liquidazione di ciò che spetta ad uno di essi, e che tutto sia disposto onde quello che ne risulta sia riscosso, l'uno dei coobbligati solidali possa poi far contrasto al comune creditore? Se fosse altrimenti, ne risulterebbe che la moglie negandosi a domandare la separazione di beni, arresterebbe, in danno del creditore, l'esecuzione d'una convenzione che la legge avrebbe legittimata. Perlocchè, le sole azioni non possono essere promesse senza la separazione di beni: ma tutti i diritti acquistati potrebbero essere esercitati da' creditori, ricevendo delle somme prossime ad essere pagate, quando anche non vi fosse nè fallimento, nè decozione, e credo doversi così intendere l'articolo 1446 del Codice civile.

Per altro non vi sono difficolta quando vi è fallimento o decozione. Nel n.° 123 ho spiegati i principj relativi alla *decozione*, e da ciò che dissi, specialmente dietro una decisione della Corte reale di Rennes, del 24 marzo 1812, vi è *decozione*, il che in sostanza vuol dire un' apparente insolvibilità, quando vi sono stati sequestri e pignoramenti di beni mobili ed immobili in pregiudizio del marito debitore. Talchè quando vi è stata espropriazione seguita da una collocazione, o una vendita con trascrizione, ed incanti, su de' quali apresi il giudizio di graduatoria, vi è *decozione*, e perciò il prezzo della vendita, o dell'aggiudicazione può essere riscosso dal creditore surrogato all'ipoteca legale della moglie, senza separazione di beni o fallimento. Ed è del pari assai raro che nel caso di cui si tratta, la moglie non abbia ottenuta, nel suo interesse, la separazione de' beni.

Avendo il marito venduti i fondi dotali della moglie sotto il regime dotale, può questa reclamarne il prezzo contra i creditori del marito, senza rivendicare i suoi beni venduti? Può ella esercitare le sue azioni dotali mercè la collocazione, vivente il marito, e senza essere separata di beni?

260. Un decreto della Corte di cassazione, de'24 luglio 1821, riportato dal continuatore di Denevers, lo stesso anno, pag. 449, ha decise due questioni, una delle quali è importantissima: 1.° che la moglie, maritata nel regime dotale, ha, ad un tempo, e l'azione revocatoria contra i terzi acquirenti dei suoi beni dotali, ed un'ipoteca legale sopra i beni di suo marito; cioè che la moglie può a suo arbitrio scegliere tra l'una e l'altra di queste azioni: 2.° che quando la moglie si determina per l'azione ipotecaria, può farsi collocare, anche durante il matrimonio, ancorchè non sia separata di beni, sopra il prezzo avuto dalla espropriazione de' beni di suo marito, sequestrati da' suoi creditori.

Non devesi trascurare l'esame della seconda questione; ma la prima è di un interesse maggiore. Come ben si vede, potendo la moglie, secondo la sua volontà, convertire in contante i suoi diritti dotali, abbandonandoli, e reclamando in contraccambio il prezzo della vendita consentita dal marito, o da sè solo, o unitamente alla sua moglie, la dote perde del tutto il suo carattere, ed è interamente snaturata. Le severe precauzioni prese dalla legge onde vietare l'alienazione de'beni dotali, e conservarli alla moglie ed a'figli, divengono inutili. Gli effetti di questo rilascio possono essere funesti alla moglie ed a'figli; e la sorte dei creditori del marito è cangiata, alle volte, in loro danno.

Questa questione merita dunque una particolare attenzione. Col soccorso di una profonda discussione si possono soltanto formare idee giuste circa il modo in cui la medesima deve essere considerata. Ma prima di entrare in materia bisogna conoscere i fatti che hanno formata la specie del decreto e la decisione

Nell'8 fiorile anno 9, madamigella de Belloi ed il sig. de Croy-Chanel contrassero matrimonio in Parigi. I parenti della futura sposa le costituirono in dote due considerevoli fondi. Nel contratto si convenne che non vi sarebbe comunione di beni tra i futuri sposi, i quali, perciò, rinunziarono alle disposizioni dello Statuto, e dichiararono di volere esser

regolati, su quanto riguardava il loro matrimonio, *dalle leggi de' paesi di diritto scritto.*

Durante il matrimonio, il sig. de Croy-Chanel e la sposa venderono unitamente una parte de' beni dotali di questa per la somma di 78,009 fr. In seguito il sig. di Croy-Chanel venne espropriato del fondo detto Treux che avea acquistato dopo contratto il matrimonio. La sig. de Croy-Chanel si presentò al giudizio di graduatoria apertosi sopra il valore di quel fondo, e domandò di essere collocata per la somma di 78,009, fr. ammontare de' suoi beni dotali venduti.

I creditori ipotecarj del sig. de Croy-Chanel si opposero a questa pretensione, per i motivi che dal tribunale di Peronne furono accolti, colla sentenza degli 11 febbraio 1819, e che l'autore della Raccolta assicura di essere stati a un dipresso così concepiti:

« Attesochè la sig. de Croy-Chanel si è maritata sotto il regime dotale; che, secondo l'art. 1554 del Codice civile, gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi: che malgrado ciò ne ha venduta una parte unitamente a suo marito; ma che l'art. 1560 dà in questo caso alla moglie, ed a'suoi eredi il diritto di far rivocare l'alienazione dietro lo scioglimento del matrimonio, o la saparazione de' beni; che questo articolo non accordandole se non questo diritto, esclude ogni altra azione; che ammettendosi, la moglie che trovasi nella circostanza della sig. de Croy-Chanel a dover essere collocata per la sua ipoteca sopra il prezzo de' beni di suo marito, ne seguirebbe che ella abbandonerebbe i fondi onde prendere una somma mobile che potrebbe in seguito essere dissipata; quindi sarebbe eluso e violato il principio della inalienabilità della dote, sì formalmente stabilito dall'art. 1554 del Codice civile. »

Sull'appello avverso di questa sentenza per parte della sig. de Croy-Chanel, la Corte reale di Amiens, con decisione de' 22 giugno 1819, confermò la sentenza e rigettò la domanda della sig. de Croy-Chanel. Ma questa Corte non si decise a questo per i motivi che avevano determinati i primi giudici, come vedremo.

« Attesochè trattasi di sapere se la sig. de Croy-Chanel ha diritto di essere collocata, per l'ammontare della vendita dei suoi beni dotali, sopra il prezzo de' beni di suo marito venduti con espropriazione forzata; attesochè il contratto di matrimonio dei signori de Croy-Chanel, stipulato in Parigi, nell'8 fiorile anno 9, contiene la clausola di esclusione dalla comunione de' beni, e quella di essere sottoposti alle leggi dei paesi di diritto scritto, *ma che non ne risulta una separazione contrattuale fra i*

due sposi; *che se la moglie di de Croy-Chanel ha presa la qualità di sposa separata di beni nell' atto di appello*, da lei fatto notificare a' suoi avversarj, ella però non ha giustificato di aver domandata, nè di aver ottenuta giudiciariamente la separazione dei beni; in modo che ella non può considerarsi seperata, nè contrattualmente, nè in virtù di sentenza, dal marito che l'ha benanche assistita nelle procedure, ancorch'egli vi figurasse nel suo proprio nome, mentre era contro di lui che si procedeva alla espropriazione; attesochè, giusta il diritto romano, la moglie ha un' ipoteca tacita e legale su i beni di suo marito per sicurezza e conservazione della sua dote; che questa ipoteca è stata consacrata e mantenuta coll'art. 2135 del Codice civile, salvo l'abolizione del privilegio che dava alla moglie la preferenza anche sopra i creditori anteriori alla celebrazione del matrimonio; ma che la moglie non può esercitare e far valere questa ipoteca se non dopo lo scioglimento del matrimonio, o dopo che siasi separata di beni dal marito; che non è a dubitarsi che le leggi romane accordavano alla moglie il diritto di ripetere la sua dote dal marito quando la di lui indigenza, o il disordine dei suoi affari, mettevano in pericolo questa dote; ma che ne' nostri usi bisogna che la moglie si diriga preliminarmente a' tribunali onde far costare la necessità di levare al marito l'amministrazione dei suoi beni dotali, e di darla a lei col godimento delle rendite, ciocchè si conobbe anche ne' paesi di diritto scritto, sotto al nome di *separazione de' beni*; attesochè, nella specie, non vi è stata alcuna separazione contrattuale tra il sig. e la sig. de Croy-Chanel, e che questa non ha domandata, nè ottenuta la separazione di beni dal marito, onde ricuperare la sua dote, od il valore dei beni dotali che sono stati venduti, durante il matrimonio: perlocchè ne siegue che con ragione i primi giudici hanno detto che non vi era luogo a collocare la sig. de Croy-Chanel nella graduatoria sopra il prezzo del fondo di Treux. »

La sig. de Croy-Chanel ricorse in cassazione contro l'ultima disposizione di questa decisione, per violazione della legge 30, al Codice *de jure dotium*, e degli art. 2121, 2135, e 2195 del Codice civile. Su questo ricorso fu profferito il decreto della Corte di cassazione, sezione civile, di cui i motivi debbonsi conoscere per potersi ben valutare.

« Vista la legge al Codice *de jure dotium*, e gli art. 2121, 2135, e 2195 del Codice civile, la Corte condanna contumaci Roubaud, e sua moglie, e per l' interesse di questi, facendo diritto tra tutte le parti; — Considerando che col loro contratto antinuziale, dell' 8 fiorile anno 9, i conjugi de Croy-Chanel stipularono che in quanto al loro matrimonio si sarebbero regolati

colle leggi dei paesi di diritto scritto; che il diritto romano dà all'attrice, per i suoi beni dotali alienati, e *l' azione rivocatoria della vendita di detti beni*, e *l'azione ipotecaria su i beni di suo marito*, perchè, secondo l'espressioni di questa legge, l' attrice abbia, a questo riguardo, tutte le possibili garanzie, *ut ei plenissime consulatur*; che il Codice civile, sotto l'impero del quale l'attrice ha esercitata la sua azione ipotecaria, le ha parimenti conservata quest' azione nel modo più assoluto. L' art. 2121 accorda alla moglie il primo rango tra le ipoteche legali; l' art. 2135 fissa la data dell' ipoteca della dote al di là del matrimonio, e la esenta dall' iscrizione; l' art. 2195 proibisce a' compratori de' beni del marito di fare alcun pagamento a' creditori che non avessero un'ipoteca anteriore a quella che la moglie avesse fatto conoscere di appartenerle.— Considerando che questi articoli sono *comuni alle donne maritate nel regime dotale*, *come a quelle maritate nel regime della comunione*, non esprimendo il Codice civile, e molto meno indicando una distinzione tra esse, in quanto alle ipoteche che esso accorda alle mogli su i beni dei loro mariti: che la moglie, la quale si presenta ad un giudizio d' ordine sopra il prezzo de' beni di suo marito venduti con espropriazione forzata, fa conoscere i suoi diritti tanto legalmente, come li farebbe conoscere quella che s' iscrive dopo una vendita volontaria, quando il compratore, volendo purgare il fondo, ha fatto conoscere alla moglie personalmente l'acquisto da esso fatto, ed ha adempite a tutte le formalità stabilite dall' art. 2194 del Codice civile; che, nell' uno e nell' altro caso, niun pagamento può essere fatto o ordinato a favore de' creditori; che non avendo ipoteca anteriore alla sua, non possono essere utilmente collocati prima di essa; che se le circostanze sono tali che la moglie non possa essere attualmente autorizzata a riscuotere, questa non è una ragione per non collocarla secondo il suo rango, e per distribuire con suo danno, fra i creditori posteriori, il prezzo de' fondi sopra de' quali ella doveva essere preferita; che allora spetta a' tribunali, dopo di aver collocata la moglie nel grado che le appartiene, dichiarare che ella ha diritto di pretendere che i fondi le sieno conservati sino a che potrà riscuotere le somme e far valida quietanza, tanto coll' autorizzare il compratore a ritenerle presso di sè, quanto coll'ordinarne un impiego qualunque suscettibile ad assicurare il credito dell' indicata moglie. Donde ne risulta che la decisione della Corte di Amiens, la quale ha ricusato di collocare l' attrice, ed ha approvata la distribuzione del prezzo del fondo venduto a danno di suo marito tra i creditori da lei vinti coll' anteriorità della sua ipoteca, ha violate le leggi precedentemente citate; — Per questi motivi, *cassa.* »

Io non credo meritar la taccia di volere per presunzione o capriccio impugnare un decreto della Corte di cassazione. Ho sovente avuta occasione, nel corso di questo Trattato, di far osservare la savìezza delle sue decisioni, e non potrebbe quindi attribuirmisi una simile taccia. Io veggo in questo decreto il germe di una giurisprudenza che, se progredisse in questa direzione, produrrebbe conseguenze contrarie a'voti della legge circa la materia della dote, ch'è una delle più importanti. Queste conseguenze porterebbero ad eludere la intenzione de'padri, e cagionerebbe, almeno spesso, la disavventura delle famiglie. Sarò contento se mi si fa conoscere che io m'inganno quando avrò adempito a ciò che credo un dovere; cioè a dire, quando avrò presentate osservazioni la di cui utilità mi sembri evidente.

La principale questione è, se una moglie maritata col regime dotale, può effettivamente, e senza che la legge sia vulnerata, rinunciare alla rivendicazione de'suoi fondi immobili dotali venduti da suo marito, o da entrambi unitamente, onde partecipare al prezzo della vendita dei beni personali del marito. La questione è la stessa, tanto se il contratto di matrimonio sia stato stipulato vigente il Codice civile, quanto se lo sia stato vigenti le leggi precedenti, come nel caso in questione. Questa circostanza non produce alcuna differenza ne'principj. È chiaro che la legge sotto il di cui impero gli antichi matrimonj sono stati contratti, è sempre la legge del matrimonio, e che essa non deve cessare di regolare i loro diritti e le loro convenzioni. Ciocchè molte volte ho fatto osservare, e la Corte di cassazione ha profferiti molti decreti nell'ipotesi di questo principio. Intanto, vi sono casi particolari in cui questo principio sarebbe capace di essere modificato secondo le disposizioni del Codice civile. Ma qui non siamo nel caso della eccezione.

La seconda questione, che consiste nel sapere se la moglie, senza essere separata di beni, può agire contra suo marito, o contro a'terzi; circa il ricupero de'suoi diritti dotali, è puramente un accessorio della prima; ella può dileguarsi secondo la decisione della prima questione; talchè io non ho che a dirne uua sola parola.

Ora in quanto alla prima questione, la negativa sembra indubitata. Io non temo di sostenere, come un principio inalterabile, che ne'paesi di diritto scritto, e secondo le disposizioni precise delle leggi romane, gl'immobili dotali, erano assolutamente inalienabili; in modo che non deriva nè dalla volontà del marito, nè da quella della moglie di venderli, e di convertirli in una somma di denaro da ripetersi sopra i beni personali del ma-

rito. Il principio della inalienabilità produceva questo effetto, che la moglie era sempre obbligata a conservare i suoi beni in natura, i quali, per la sua sussistenza e per quella dei suoi figli, formavano una risorsa ben più solida di quella che sarebbe derivata dalle somme, sempre fuggitive, provenute dal prezzo delle vendite. Non poteva esservi una derogazione a questo principio, se non in forza di clausole e di convenzioni particolari. Queste convenzioni, le quali sarebbero una specie di legge convenzionale, che avrebbero il loro effetto dalla volontà e dall'intenzione delle famiglie, potevano da sè sole modificare la legge degli statuti.

Può forse stabilirsi l'opposto di quanto ho detto, coll'invocarsi la legge 30 al Codice *de jure dotium*, che forma il principale fondamento della decisione? Si rimarrà convinto della negativa quando conoscasi la disposizione e lo spirito di questa legge, e specialmente quando si confronterà colle altre nelle quali è trattata veramente la materia.

Convien osservare che rimontando a' più antichi principj del diritto romano, il marito riputavasi il padrone de' beni dotali, perchè la moglie glieli abbandonava. Era questa presunzione o per meglio dire questa finzione, che era allora il principio dell' interdizione di alienare i beni per parte della moglie. Questa interdizione era più per favore del marito che della moglie. È solo in seguito che i romani legislatori decisero dell' interesse particolare della moglie e dei figli.

È da osservarsi ancora che secondo le antiche idee ammesse dal diritto romano, allorchè i beni dotali tanto mobili che immobili, erano stimati al tempo delle convenzioni matrimoniali, questa stima ne conferiva la proprietà al marito, il quale diveniva debitore del prezzo.

In questo stato di cose l'imperatore Giustiniano emanò la legge 30 al Codice *de jure dotium*. Ivi si vede che per un effetto di sottigliezza il marito si reputò padrone della dote. Vi si considera, sotto lo stesso punto di vista, la trasmissione della proprietà al marito per effetto della stima dei beni dotali. Vi si scorge che, giusta la verità ed i principj del diritto naturale, la proprietà della dote doveva essere della moglie. Intanto si prevede il caso in cui la moglie non volesse o non potesse rivendicare i suoi beni dotali; e siccome ella doveva avere almeno un' ipoteca su questi medesimi, riputandosi il marito come se fosse il proprietario de' medesimi, così si volle che se ella non rivendicava i beni, potesse almeno esercitare un' ipoteca per il prezzo della stima sopra quest' istessi beni; in guisa che si credè favorirla accordandole o la facoltà della rivendicazione o l'esercizio dell'azione ipotecaria. La facoltà di esercitare l' ipoteca, come quella della riven-

dicazione, ebbe luogo per i beni mobili e per gl'immobili, mentre, secondo le massime del diritto romano, l'ipoteca gravava ad un tempo e gli uni e gli altri.

Riportiamo i termini di questa legge:

« *In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae, sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare*, Cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio. *Non enim quod* legum subtilitate *transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri*; *ideo* Rei veritas deleta vel confusa est. *Volumus itaque eam in rem actionem in hujus modi rebus, quasi propriis habere: et hypothecariam omnibus anteriorem possidere: ut sive* ex naturali jure *ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive* secundum legum subtilitatem *ad mariti substantiam pervenisse videantur*, per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissimae consulatur. »

Ma questa legge che non aveva alcuna stabilità di principj, circa il modo di conservare i beni dotali della moglie, fu corretta, o per meglio dire, del tutto cambiata dalla legge unica al Codice *de rei uxor. act.* della quale fu anche Giustiniano l'autore. In questa ricordansi le antiche leggi sopra questa materia, come per esempio la legge *Iulia* della quale fu autore l'imperatore Augusto. Si sa non esser essa altrimenti nota se non per la menzione che trovasene fatta in molti testi del diritto romano. Si sa ancora che, secondo la legge *Iulia*, il marito poteva vendere il fondo dotale purchè vi fosse intervenuto il consenso della moglie: ma che in alcun caso, anche col di lei consenso, il fondo dotale potea essere validamente ipotecato. Il motivo di questa differenza è, che la moglie avrebbe meno conosciuto il pericolo dell'ipoteca che quello della vendita, non presentando la prima, come la seconda, l'idea spaventevole dello spoglio. Giustiniano rifuse tutta questa antica legislazione in una sola disposizione nella legge unica al Codice *de rei ux.*, §. 15. Egli volle che il fondo dotale non potesse nè vendersi, nè ipotecarsi, anche col consenso della moglie. *Necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire: hoc tantum modo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare, nec, consentiente muliere, maritus possit*, sed nec alienare, *ne, fragilitate naturae suae, in repentinam deducatur inopiam.* »

Ciò non ostante, Giustiniano lasciò sussistere nella stessa legge le antiche sottigliezze del diritto romano, rispetto al caso in cui i beni dotali fossero stati apprezzati. Ma questo non ha che fare colla questione, e neppure col diritto francese attuale, giusta gli art. 1551 e 1552. Questi articoli hanno avuto per oggetto di cancellare simili distinzioni, che sono state cagione di tante difficoltà e di tante divergenze di opinioni nell'antica giurisprudenza, la cui sottigliezza era altresì riconosciuta dalla legge 30 *de jur dot.*

È in questa legge unica del Codice *de rei ux. act.* che trovasi il principio positivo della inalienabilità assoluta dei beni dotali, anche col consenso della moglie. Tal'è il parere di tutti gl'interpreti del diritto. Borcholten, citando questa legge sul §. 1 del tit. 8 delle Istituzioni, dice: *Caeterum, Justinianus legem Juliam correxit, ... et alienationem, itemque obligationem,* ETIAM CONSENTIENTIBUS MULIERIBUS PROHIBUIT. Vinnio su questo stesso §. tiene il medesimo linguaggio: *Justinianus praedium dotale, nulla in regione,* NE EX VOLUNTATE QUIDEM UXORIS, *vel alienari vel pignorari permisit, ne, fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam,* §. *et cum lex,* Codice *de rei ux. act.*; *ad exemplum dotis immobilia ante nuptialis donationis,* ETIAM CONSENTIENTE MULIERE, *prohibentur alienari.* Nov. 61.

Tal'è l'ultimo stato della legislazione romana su questa materia, e ne risulta che non si può prendere in considerazione la legge 30, al Codice *de jure dotium*, la quale è divenuta affatto estranea alla controversia.

Poichè secondo la romana legislazione, il fondo dotale era assolutamente inalienabile, anche col consenso della moglie, che gli Statuti che ne avevano a questo proposito adottate le disposizioni, ne proibiscono la vendita nei termini più energicii. Il che si osserva nello Statuto di Auvergne, il quale è di questo numero, art. 3 del tit. 14: « Il marito e la moglie, ivi è detto, unitamente o separatamente, durante il matrimonio o la promessa di contrarlo, non possono vendere, alienare, permutare, nè disporre altrimenti dei beni dotali della detta moglie in suo pregiudizio, e tali disposizioni ed alienazioni *sono nulle e di niun vigore* ». Anche Basmaison, uno dei più antichi e più dotti commentatori di questo Statuto, diceva: « La legge antica che è stata fatta per vietare l'alienazione dei beni dotali, viene rinnovata e confermata da questo Statuto ». Nel margine del commentario si vede citata la legge unica, §. *cum et lex*, al Codice *de rei ux. act.* ed il §. 1 delle Istituzioni, *quibus alienare licet vel non*, come le sorgenti da cui egli aveva desunta la sua asserzione.

Si supponga che nascesse questione per una donna maritata sotto l'impero di questo statuto, o di qualunque altro simile a questo (mentre molti ve ne sono concepiti collo stesso spirito); crederebbesi che questa moglie prender potesse il partito preso dalla sig. de Croy-Chanel? È agevole il prevedere ciò che se ne dovrebbe opinare. Nondimeno, quello che si deciderebbe in un caso, dovrebbesi decidere ben anche nell'altro. I principj stabiliti da questi statuti sono gli stessi di quelli consecrati nella legge unica, al Cod. *de rei ux. act.* Le espressioni dure degli statuti sono una conseguenza sovrabbondante della disposizione principale.

Osservo che da più di quarant'anni si è messa in esame, e in varie riprese, la controversia di cui si tratta, al tribunale dell'antica siniscalchia di Auvergne sedente in Riom, tanto per paesi della provincia di Auvergne, regolati dallo statuto, quanto per quelli della stessa provincia regolati dal diritto scritto; ed ogni volta, i più rinomati giureconsulti di questo antico tribunale, giustamente famoso, si pronunziavano con molta energia per la negativa. Se fosse stato permesso alla moglie, dicevano essi, di abbandonare i suoi fondi dotali venduti dal marito, o da essa con lui, per prendersi il valore delle vendite, ciò sarebbe stata una manifesta violazione dello statuto, che stabilisce la inalienabilità della dote; sarebbe stato lo stesso che sottrarre la moglie dalla circostanza nella quale l'avea messa la legge, e ove l'obbligava a rimanere. La sua sorte si sarebbe assolutamente mutata. Essa correrebbe il rischio di dissipare la sua fortuna, che si trovava sotto la protezione della legge, e che, giusta il voto della sua famiglia, doveva essere necessariamente conservata, rimanendo in fondi immobili, tale quale essa era; sarebbe stato lo stesso che far passare la moglie dal regime dotale a quello della comunione, senza che godesse i vantaggi di quest'ultima, poichè non potrebbe partecipare agli acquisti che si potevano fare dal marito. A quante frodi non potrebbe inoltre essere esposta la moglie? I suoi beni potrebbero esser venduti a un prezzo vilissimo; vi potrebbero essere state delle contro-scritture per dissimulare il vero prezzo, e la moglie, essendo sotto la dipendenza del marito, non potrebbe scansar le perdite che questo le volesse far soffrire.

Si direbbe forse che tutto diventa regolare allorchè il magistrato autorizza la scelta fatta dalla moglie di un prezzo qualunque, pel rimpiazzo de' suoi fondi dotali? Ma questo è precisamente quello che il magistrato non può nè deve autorizzare. La convenzione che la moglie non potrebbe fare con atto innanzi notaro, molto meno può farla innanzi ad un tribunale; ella dovrebbe essere costretta dal magistrato medesimo a non

prendere i suoi beni dotali in natura. Questi beni possono essere alienati, ma solo nei casi di eccezione indicati dalla legge, e colle formalità tutelari che questa prescrive.

Riflettendo però alla condizione de' creditori del marito, specialmente sotto un sistema di pubblicità d'ipoteca, si veggono aumentare gl'inconvenienti che risulterebbero da un cangiamento di quello stato in cui la legge o le convenzioni matrimoniali l'hanno collocata. I terzi che transigono col marito, e a' quali non è ignoto che la dote della moglie consiste in beni immobili, niun timore concepir possono da' di lei reclami su i beni del marito. Nondimeno, se la vendita di tali beni non ha luogo che dopo, può resultare, secondo il sistema del decreto della Corte di cassazione, un'ipoteca legale a prò della moglie su i beni del marito, la quale si troverà anteriore alle obbligazioni da questo contratte coi terzi: poichè si comprende agevolmente che la moglie deve avere un' ipoteca legale, a contare dal giorno del suo contratto di matrimonio, sopra i beni del marito, per il ricupero del prezzo de' suoi beni venduti. Ora, quale risorsa potrebbero avere i terzi per la validità delle obbligazioni contratte dal marito a favore di essi? Le ipoteche che essi avrebbero sopra i beni di questo sarebbero vinte da quella della moglie, sulla quale non si contava; e queste medesime ipoteche non potrebbero essere trasportate su i fondi dotali venduti, che non erano e non potevano essere ipotecati dal marito, e rispetto ai quali non vi sarebbe nè ipoteca legale, nè ipoteca giudiciale. Non si può facilmente concepire l'idea di una surroga in favor dei creditori ai diritti della moglie sopra i fondi dotali venduti; e potrebbero essi venire col medesimo grado d'ipoteca sopra i beni proprj del marito?

Veniamo agli art. 2121, 2135 e 2195, invocati dal decreto della Corte di cassazione. Qui si presenta una riflessione molto semplice, ed è che questi articoli si applicano manifestamente ai soli casi dell'ipoteca legale che la moglie esercita su i beni del marito, per la sua dote in beni mobili. Ora non è possibile rinvenire verun punto di paragone tra una ipoteca legale per causa di somme dotali, di cui la moglie non può mai essere spogliata, anche col suo consenso: altrimenti il sistema ed il principio della dote verrebbero distrutti.

Questi principj non sono consecrati dagli articoli sopra citati; ma dall'art. 1554, di cui ecco l'espressioni: « Gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente; salve le seguenti eccezioni. »

(Queste eccezioni sono indifferenti per la discussione della questione). Si vede che questo articolo ha per norma i medesimi principj che sono stabiliti dalla legge unica, al Codice *de rei ux. act.*

Invano si direbbe esser sufficiente che i tribunali, per la conservazione delle somme che debbono spettare alla moglie, prendano delle precauzioni simili a quelle indicate dal decreto. È però evidente che nulla può supplire alla esistenza degl'immobili dotali in natura, che si vorrebbero far esparire. Con questo una dote in beni immobili si trasformerebbe in una dote in beni mobili: ed è ciò che la legge non vuole. Queste precauzioni sono al certo inutili, e il magistrato si comporta con saviezza supplendo per questa parte al silenzio della legge: ma ciò non può accadere se non allorchè si tratta di somme mobili dotali spettanti alla moglie, e allor quando ella è separata di beni (veggasi quello che ho detto nel num. 35); laddove i rimanenti fondi dotali, e tutti i diritti della moglie, che non possono cangiar di natura, risseggono nell'esercizio della rivendicazione di questi immobili, o dopo la separazione dei beni, o dopo lo scioglimento del matrimonio.

Nè potrebbe far ombra il dirsi che per la moglie sarebbe spesso più vantaggioso il prendere il prezzo della vendita de'suoi beni immobili, anzichè rivendicarne la proprietà; che ciò avverrebbe se il compratore gli avesse considerevolmente deteriorati, o se vi avesse fatti dei rilevanti miglioramenti che è d'uopo pagare, cosa che talvolta la moglie non può fare.

Questi sono casi particolari: ma io esamino la questione in massima generale. Del rimanente, se questi casi particolari accadessero, la moglie dovrebbe ricorrere ai tribunali, i quali invigilerebbero su i di lei passi: e questo non potrebbe esser fatto da essa se non quando fosse separata di beni. Ma la legge riprova sempre che la moglie da sè sola, arbitrariamente, e mentre è tuttavia sotto all'autorita del marito, possa convertire i suoi beni immobili in una somma di denaro.

Relativamente alla seconda questione, è indubitato in massima, che la moglie, finchè vive il marito, non può, senza essere separata di beni, pretendere i suoi diritti dotali sia contro lo stesso marito, sia contro i terzi. Questo antico principio vien confermato dal celebre Dumoulin, sull'art. 4 dello Statuto d'Auvergne. Egli suppone che la moglie sia separata di beni: *quid? si mulier separetur a viro*, ed egli dice che allora ella può ricorrere alla sua dote; *et statim ad dotem agere potest*, *etiam vivo marito*; *idem de civili morte mariti*. Egli si fonda sulla legge *Adhuc*, al Codice *de jure dotium*. Coquille nella sua 105.ª questione sugli articoli degli statuti, opera delle più profonde sul diritto francese, stabilisce ampiamente il princi-

pio. Due sono le ragioni: l'una si desume dal rispetto dovuto dalla moglie all'autorità maritale: l'altra dalla legge che attribuisce al marito l'usufrutto dei beni della moglie, e che questo usufrutto non gli si può togliere se non mercè la separazione di beni, giudiciariamente ordinata. Tutto questo è in Francia una massima generale, confermata anch' essa dall'art. 1560 del Codice civile.

Ma la Corte di cassazione non ha giudicato il contrario; e questo non si presumerà mai. Essa ha solamente creduto che per circostanza particolare della sig. de Croy-Chanel, trattandosi di un atto puramente conservatorio per parte sua, ella aveva potuto agire, quantunque non fosse separata di beni; ed in ciò ha rigettata la decisione della Corte di Amiens, che si era pronunziata unicamente per il fine di non ammissibilità. Essa ha inoltre indicate le misure di sicurezza in favore della moglie per l'impiego delle somme. Ma la difficoltà sul fondo della questione sussiste sempre: trattavasi di sapere se la moglie, che si trovasse nel caso della sig. de Croy-Chanel, poteva arbitrariamente convertire la sua dote di beni immobili in denaro contante. La negativa resulta dalla decisione del tribunale di Péronne. Per verità questo tribunale ha decisa la questione come gli venne presentata, e nel suo insieme. Esso ha giudicato che la pretensione dalla sig. de Croy-Chanel incontrava l'ostacolo dei principj del diritto. Da tale sentenza si desume che così doveva giudicarsi, sia che questa signora fosse stata separata di beni, sia che non lo fosse stata. Questa sentenza era ella illegale? Io credo di sì.

Di alcune questioni dipendenti dalla conciliazione della antica colla nuova legislazione, rispetto alle obbligazioni delle donne maritate.

261. Mi ricordo aver già detto che in generale la capacità delle donne maritate sotto l'impero dell'antica legislazione, rispetto alle obbligazioni o vendite che possono contrarre, è soggetta alle leggi, vigenti le quali hanno contratto il matrimonio, che son quelle del loro domicilio; o a qualsivoglia altra legge particolare, scelta per regolare il contratto di matrimonio. La questione da me trattata nel numero precedente offre un esempio di quest' ultimo caso. Queste leggi possono in parecchi punti essere in opposizione col Codice civile: ma esse non hanno per altro cessato di continuare ad essere la regola delle obbligazioni che le mogli hanno potuto contrarre durante il loro matrimonio, senza di che si darebbe alle nuove

leggi un effetto retroattivo. Questo effetto retroattivo si crederebbe sempre nocivo alle mogli, anche nel caso in cui le nuove leggi accrescessero o dessero loro una libertà di cui venivano private dalle leggi che dovevano regolare il loro matrimonio, o dalle convenzioni che tenevano le veci di quelle. L'applicazione di questo principio pare semplicissima, e ciò non ostante ella incontra delle difficoltà che è indispensabile conoscere.

Bisogna distinguere le leggi o gli statuti che pronunziavano contro la moglie la proibizione assoluta di obbligare o di vendere i suoi beni dotali, da quelle che gli permettevano di obbligarli o di venderli, ma sotto particolari condizioni, che gli dovessero procurare un regresso, ovvero una indennità sopra i beni del marito, con ipoteca, risalendo all'epoca del matrimonio.

Nel primo caso, la proibizione di obbligarsi o di vendere esiste contro della moglie per tutto il tempo del matrimonio. Questa proibizione non è modificata nè nella sua durata, nè dalle disposizioni del Codice civile, che potrebbero essere contrarie. La ragione è facile a ravvisarsi. La legge, che ha dovuto regolare il matrimonio, serba il suo impero fino al scioglimento del matrimonio; nè ha potuto essere lesa da una nuova legge, la quale si renderebbe retroattiva. Con queste idee appunto la Corte reale di Parigi ha profferita una decisione, il primo luglio 1809. Dalla specie di questa decisione costa che una moglie, maritatasi nel 1788, si era costituiti in dote tutti i suoi beni presenti e futuri, e che il matrimonio era stato contratto in paese regolato dalle leggi romane, che, come niuno ignora, proibivano assolutamente ogni sorta di obbligazione e di alienazione dei beni dotali. In seguito, il marito sottoscrisse un'obbligazione a favore di un terzo, sotto l'impero del Codice civile, e la fece altresì sottoscrivere solidalmente dalla moglie. Questa prese iscrizione ipotecaria, pei suoi beni dotali, sopra un fondo del marito. Il creditore impegnò la moglie a cedergli il suo diritto di anteriorità su questo fondo, il che fu fatto col consenso del marito. Allorchè si procedè al giudizio di graduatoria, sul prezzo della vendita del fondo, il creditore chiese di essere collocato come cessionario della moglie. Questa vi si oppose sostenendo che, cedendo il suo diritto di anteriorità d'ipoteca, ella aveva fatta un'alienazione vietata dalle leggi romane, sotto l'impero delle quali erasi maritata. Il creditore, per impugnare questa pretensione, diceva che avendo il Codice civile abrogate queste leggi, ed essendo gli atti di cui trattasi posteriori al Codice, la cessione che questo conteneva era valida. Egli soggiungeva che un atto conservatorio, il quale poteva essere trascurato dalla moglie, non costituiva una vera alienazione.

La Corte reale confermò una sentenza del tribunale di Versailles, la quale aveva aggiudicate le conclusioni della moglie. I motivi della decisione furono che gli sposi, maritandosi, avevano regolate le convenzioni civili del loro matrimonio in conformità del diritto scritto; che, fin d'allora, tutto ciò che era stato portato in dote dalla moglie, o che erale pervenuto, era stato costituito come inalienabile, *durante il tempo del matrimonio*; che l'abrogazione fatta dal Codice di tutte le leggi romane, non potea *cangiare la natura dei beni dotali fissata dai contratti di matrimonio anteriori*; che abrogando il senatus-consulto *Vellejano*, il Codice civile non ha fatto che attribuire alla moglie la capacità di garantire, e di obbligarsi sopra i beni *non dotali* e *disponibili al momento dell' obbligazione*. Finalmente la decisione contiene un ultimo motivo che deve essere meditato, ed è che la *cessione dell' autorità dell' ipoteca*, fatta per le obbligazioni della moglie, era una vera alienazione della dote.

In conseguenza de' medesimi principj, una donna maritata in paese di diritto scritto, o sotto uno statuto, il quale al pari delle leggi romane, vietava espressamente l'alienazione del fondo dotale, non potrebbe vendere un fondo di questa natura, anche vigente il Codice civile, e durante il tempo del matrimonio. Così ha giudicato una decisione della Corte reale di Rouen, de' 21 aprile 1809. Si trattava di una vendita fatta da una moglie, unitamente a suo marito, sotto l'impero del Codice civile, di parecchi fondi di una eredità deferitale prima del Codice, e regolata dallo Statuto di Normandia. Sebbene questi immobili non fossero dotali, pure erano proprj e personali di lei. Dall' art. 542 di questo statuto risultava che il denaro ricavato dalla vendita, non essendo stato impiegato a profitto della moglie, ella avea per il ricupero un' ipoteca sopra i beni del marito, ma soltanto a contare dalla già fatta alienazione dei fondi: ma, in caso d' insolvibilità di questo, ella aveva un regresso sussidiario contra il possessore di tali fondi. Ella esercitò questo regresso. Il compratore lo impugnò, sul motivo che la vendita era stata fatta sotto l' impero del Codice civile, e che questo Codice aveva abolito lo Statuto di Normandia con cui era inibita l'alienazione dei beni proprj. La decisione rigettò questo mezzo sulla considerazione che i contratti di matrimonio, fatti anteriormente al Codice civile, *si regolano colla legge vigente al tempo della lor confezione*. Conviene osservare che già non si trattava di un' ipoteca esercitata dalla moglie sopra i beni del marito, risalendo all'epoca dell' alienazione, ma di rivendicarne una proprietà, per la nullità della vendita fattane; cosicchè la controversia della retroattività dell' ipoteca a favore della moglie sopra i beni del marito,

contra la disposizione dell'art. 2135, che già ho trattata nel num. 241, non veniva in esame. Quindi in uno de' motivi della decisione si dice che: « Visto ciò che risulta dall'art. 542 dello Statuto, il quale, *salvo il diritto d'ipoteca di cui qui non si tratta*, è in piena opposizione cogli articoli 539 e 540 riguardanti l'alienazione degl'immobili dotali ec. » — Sopra queste due decisioni veggasi Denevers, anno 1809, pag. 164, sup.

Ben si conosce che si parla del regime dotale. In generale non si deve dire la stessa cosa negli statuti di comunione, ove la moglie poteva obbligarsi ed anche vendere coll'autorizzazione di suo marito. È su questi statuti principalmente ch'io mi sono spiegato nei numeri precedenti. Nondimeno, per certi diritti della moglie, alcuni di questi statuti restringono la di lei libertà, come la restringe il diritto romano, in quanto alle obbligazioni ed alle alienazioni; ed allora si comprende bene che convien regolarsi coi medesimi principj.

Eccomi al secondo caso che ho indicato, cioè quello nel quale le leggi o gli statuti antichi non contenessero una proibizione tanto precisa e assoluta, ed in cui essi permettessero alla moglie di obbligarsi o di vendere, ma sotto determinate condizioni, il cui oggetto era di assicurare alla moglie un compenso su i beni del marito, con ipoteca, risalendo al tempo del matrimonio. Si vede bene la differenza essenziale che passa tra questo caso e quello di una proibizione assoluta di obbligarsi o di vendere. In quest'ultimo caso gli atti sono nulli durante il matrimonio: nel primo caso, la capacità della moglie ha dovuto egualmente durare per tutto il tempo del matrimonio, e per identità di principj, nella maniera istessa in cui essa era regolata dalla legge sotto il cui impero erasi maritata.

Ma una tale capacità riceve, in questo istesso caso, una modificazione importante relativa alla data dell'ipoteca della moglie sui beni del marito, per le indennità e i rimpieghi risultanti dalle obbligazioni o dalle vendite da lei contratte sotto l'impero del Codice civile. Se l'antica legge accordava alla moglie, per le sue indennità o rimpieghi, un'ipoteca a contare dal giorno del matrimonio, questa medesima ipoteca, per la sola ragione che le obbligazioni o vendite erano state fatte sotto l'impero del Codice civile, doveva essere ristretta alla data delle obbligazioni o delle vendite. Ciò rientra nei principj che ho già esposti allorchè ho spiegato l'art. 2135 del Codice civile, e specialmente nei numeri 240 e 241. L'attenzione che deve principalmente aversi in questa specie di questioni, è di conciliare l'antica colla nuova legge, in modo che non vi sia vizio di retroattività.

Noi ci siamo spiegati nel num. 241 sulla questione, di sapere se la moglie che si obbliga o vende, nel regime della comunione, deve avere o nò un'ipoteca, per le sue indennità, a contare dal giorno della obbligazione o della vendita; o se ella può far risalire l'ipoteca alla data del matrimonio, per la circostanza che l'ipoteca, con questa data, risulterebbe dalla legge, sotto l'autorità della quale si sarebbe maritata, o dalle convenzioni stipulate nel contratto di matrimonio. Non prima di essersi stampato ciò che avevo detto nel num. 241 e seguenti, ho potuto conoscere due decisioni contrarie alla opinione da me adottata. L'una è della Corte reale di Metz, de' 18 luglio 1820; l'altra della Corte reale di Colmar, de' 14 maggio 1821. Esse sono riportate dai continuatori di Denevers, anno 1822, pag. 43 e seg., supp. Essendo le questioni, che al presente esaminiamo, analoghe a quelle contenute nel num. 241, profittiamo di questa occasione per presentare alcune osservazioni sulle decisioni poc' anzi citate.

Queste due decisioni non potrebbero, a parer mio, determinare un'opinione diversa da quella che ho emessa nel num. 241. I motivi su i quali esse sono fondate, ci sembrano poco soddisfacienti, e le vere ragioni che debbono far giudicare diversamente non vi sono state considerate.

La decisione della Corte di Metz darebbe ad intendere che l'art. 2135 debba essere estraneo alle donne maritate prima del Codice civile, e che questo Codice ha dovuto prendere in mira solamente le donne maritate dopo la sua pubblicazione. « Attesochè, vi si dice, se, giusta uno dei paragrafi dell'art. 2135, l'ipoteca delle mogli, su i beni proprj alienati e de' debiti contratti durante la comunione, prende la data dal giorno delle alienazioni o delle obbligazioni, e non dal giorno del matrimonio, *questa disposizione statuisce soltanto per l'avvenire, rispetto alle donne maritate dopo la pubblicazione del Codice, e che rispetto alle altre, maritate anteriormente, i loro diritti sono regolati dai loro contratti e dalle leggi antiche*, ec. ».

Però non si rivoca in dubbio che l'art. 2135, nell'insieme delle sue disposizioni, ha dovuto considerare le donne maritate prima del Codice, non altrimenti che quelle maritate dopo; e questa opinione è favorevole alle donne maritate prima del Codice, sotto alcuni rispetti infinitamente essenziali. Noi lo abbiam dimostrato nel numero 238, dietro ragionamenti ed autorità egualmente irresistibili. Si osservi pure quest' altro motivo del decreto della Corte di cassazione, de' 7 maggio 1816, cioè che l'obbligazione contratta dalla donna maritata prima della promulgazione del Codice civile, e sulla quale fondavasi una persona surrogata ai di lei diritti,

era posteriore alla promulgazione del Codice, e non poteva essere regolata se non dalla disposizione dell' art. 2135.

Nei motivi della decisione della Corte reale di Colmar si legge che « il diritto comune francese era quello che privava dei loro crediti i creditori del marito anteriori alla vendita ed alla obbligazione contratta sotto l'impero del Codice civile; e che questo diritto, *per ingiusto che abbia potuto essere*, non è stato abrogato se non *per l' avvenire* ».

Ma in ciò vi è una enuuciazione vaga, che non presenta un' idea stabile. Come mai quest'abrogazione si è operata *per l' avvenire?* Anche questo indica che l' art. 2135 è estraneo, almeno per questa parte, alle donne maritate prima del Codice civile: ma appunto questo è ciò che non è esatto. Posto che l' art. 2135, nel suo insieme, abbia avuto in mira sia le donne maritate prima del Codice civile anche prima della legge di brumaio, sia quelle maritate dopo del Codice civile, non può sincoparsi, secondo lo spirito del legislatore, la disposizione di questo articolo: non si può prendere quello che fosse favorevole alle mogli, e tralasciare una disposizione che regola i loro diritti in un modo diverso dall' antica legislazione, quando questa disposizione è applicata in modo da allontanare qualunque effetto retroattivo.

Non si è mai potuto chiamare *diritto* comune della Francia, una giurisprudenza particolare del parlamento di Parigi, che fu rigettata in Bretagna, e modificata in Normandia; una giurisprudenza che, dal primo momento in cui si formò nel parlamento di Parigi, eccitò le più vive rimostranze per parte dei magistrati e dei giureconsulti che erano tenacemente attaccati a' veri principj, e che ne prevedevano le conseguenze pericolose; la quale fin dalle prime si trovò in contraddizione colla giurisprudenza del gran consiglio; che aprì il varco a dei reclami al consiglio del Sovrano, ma che riuscirono infruttuosi, poichè convenne sottomettersi ad un' autorità la quale non poteva esser vinta se non da una legge difficile ad ottenersi. Ecco il quadro energicamente presentato da Mornac, sulla legge 9, ff. *qui pot.* che io ho soltanto accennato nel numero 227.

Io riferirò parte solamente del passo di questo scrittore, ov' egli sviluppa la sensazione che produsse la preferenza accordata alla moglie dalla decisione del parlamento, de' 17 marzo 1608, su i creditori del marito anteriori alla obbligazione. *Quam perniciosi exempli praelationem merito dixerunt paulo post patroni consultissimi. Inventam enim esse deinceps hanc viam qua* PER DITUS QUIVIS, AUDAXQUE FRAUDATOR ET ERGOLABUS *pe-*

riculum creare possit amicis fidejussoribus qui, quid inter eum et uxorem contractu arcano convenerit, nesciant.

L'abuso era forte: il legislatore lo riforma: la sua volontà è impotente per il passato; ma lo è anche forse per l'avvenire? Allorchè non vi è alcun diritto acquistato dalla moglie, di cui possa ella venire spogliata, può ella commettere l'abuso contra del quale il legislatore si è scagliato? può ella commetterlo in frode ed in pregiudizio dei creditori del marito, che hanno un'ipoteca anteriore all'atto abusivo che essa vorrebbe permettersi, e che certamente è proscritto per l'avvenire? Senza dubbio ella può obbligarsi o vendere unitamente al marito, vigente il Codice civile; ma in tal caso ella non deve sperare altro se non una ipoteca sopra i beni posseduti dal marito al tempo della vendita o della obbligazione, o sopra quelli che gli apparterranno in seguito: ma qualunque regresso sopra i beni anteriormente ipotecati ad altri le viene assolutamente interdetto. Se fosse diversamente, sarebbe lo stesso che ammettere che una persona avrebbe la facoltà di creare una frode, o di profittarne in detrimento dei creditori legittimi muniti già di un'ipoteca. Questi creditori, prima della nuova legge, correvano il rischio di perdere la loro ipoteca per effetto di un abuso. Questa nuova legge fa sparire il rischio proscrivendo l'abuso. E si vorrebbe che la moglie, più forte della legge alla quale contravviene, facesse perdere queste ipoteche anteriori, il che non potrebbe avvenire se non per l'idea di favorire il marito, il quale con questo mezzo prenderebbe ad imprestito, o procurebbesi de' prezzi di vendita a danno dei suoi proprj creditori? È difficile di arrendersi a questa idea (1).

(1) Le controversie della natura di quelle da me trattate nei numeri 241 e 261, offrono sempre delle difficoltà la cui esatta soluzione non può in altro modo rinvenirsi se non adoperando la massima attenzione; e malgrado ciò convien sempre presumere qualche divergenza di opinioni. Una decisione della Corte reale di Parigi, de' 17 febbraio 1821, che ritroviamo nei continuatori di Denevers, anno 1822, pag. 36, *supp.*, ne suggerisce un esempio.

Il sig. Nouvellet, e la sig. Bonivers, domiciliati in Lione, avevano contratto matrimonio nel 1789. Mercè un uso costantemente osservato in Lione, e confermato da gravi autorità non contraddette, la moglie, per la restituzione della sua dote, godeva un privilegio sui beni mobili ed immobili del marito, in conformità della legge ottima al Codice *qui potiores*, la quale era stata particolarmente osservata. Gli sposi avevano dichiarato nel loro contratto che volevano essere regolati da questo statuto locale.

Il marito aveva trasferito il suo domicilio a Parigi, in cui teneva una locanda ammobiliata. Nel 1819, dopo una separazione di beni, la moglie si presentò in un giudizio di graduatoria per il prezzo dei mobili, e domandò di essere preferita ai creditori del marito.

Siffatto privilegio fu impugnato dai creditori: il tribunale della Senna però lo ammise

Del caso in cui lo statuto reale era in opposizione collo statuto personale, e del caso in cui può attualmente dirsi che uno statuto reale sia abolito.

262. Nuove questioni però si presentano relativamente all' opposizione che si trova, su questa materia, tra l'antica e la nuova legislazione. Per

col dire: « Attesochè per massima il contratto di matrimonio regola i diritti delle parti contraenti, qualunque sieno i cangiamenti posteriormente sopravvenuti o nella legislazione o nel luogo del domicilio delle parti: che, nella specie, il sig. e la sig. Nouvellet, contraendo il lor matrimonio in Lione, a' 4 settembre 1789, e dichiarando espressamente di sottomettersi, per tutto quello che avesse rapporto al loro matrimonio, ai diritti ed usi che si osservavano allora nella città e territorio di Lione, si ha come se avessero scritto nel loro atto le disposizioni di questo diritto particolare, e specialmente l'atto di notorietà de' 15 dicembre 1723 (che constatava l'uso) ».

In grado di appello la sentenza fu annullata, « perchè il privilegio, reclamato dalla sig. Nouvellet, non era basato se non sopra uno statuto locale ed esorbitante del diritto comune, ed i cui effetti ed esecuzione non potevano estendersi al di là del suo territorio, ec. »

Sicchè, in virtù di questa decisione, rimane senza effetto una convenzione che poteva considerarsi come una legge matrimoniale. Quindi non sarebbe stato fuor di ragione il mantenerla. Choppin nel suo Trattato *de privilegiis rusticorum*, lib. 2, cap. 2, num. 4, pag. 37, ediz. del 1590, discute una questione quasi simile alla presente, e la cui decisione era subordinata ai medesimi principj. Relativamente all'effetto che doveva avere lo statuto locale, al quale è conforme la convenzione matrimoniale, egli distingue quello che concerne gl'immobili da quello che è relativo ai mobili.

Relativamente agli immobili, l'autore limita la esecuzione dello statuto locale, e della convenzione matrimoniale nella quale essa è ripetuta, ai soli immobili situati nel territorio regolato dallo statuto locale all'epoca del matrimonio. Allora questo statuto locale diviene uno statuto reale che esercita il suo impero. *Coniugum donatio vario probanda est ac excutiendo pro legum varietate municipii cuinsvis in quo donatote res soli continentur.*

Ma relativamente alla disposizione riguardante i mobili, che si trovasse contenuta nel contratto di matrimonio, o che fosse il risultato dello statuto locale, Choppin insegna che questa disposizione produr dee il suo effetto, ovunque il marito fissi in seguito il suo domicilio. *Non idem statuendum de rebus mobilibus supellectili, aliove jure in coniugum personas constituto, nam in iis spectondo lex est domicilii, quod habuit maritus die nuptiorum, LICET MUTARIT POSTEA SEDES, et in diversi juris provinciom transtulerit.* Allora più non trattasi di statuto reale. Non vi è considerazione di *territorio* pei mobili; essi hanno sempre seguita la legge del domicilio, e, nel caso di cui si tratta, il domicilio è quello che avevano gli sposi al tempo del loro matrimonio.

Una disposizione o che sia statuaria, o che sia convenzionale, che si risale al matrimonio, e che assicura all' uno de' due sposi un profitto su i beni dell' altro, deve avere la sua esecuzione, come ogni altra donazione il cui effetto è assoluto. Ma vi è molta distanza tra questo e l'applicazione dell'art. 2135, per ciò che ha rapporto all'obbligazione od alla vendita fatta dalla moglie, posteriormente alla pubblicazione del Codice; anzi non vi è veruna

effetto della diversità che altre volte esisteva tra le leggi e gli statuti del regno, fuse omai in una legislazione uniforme e generale, insorgevano le più gravi difficoltà. Solea ciò avvenire quando la donna si era maritata vigente una legge, e possedeva dei beni in paesi regolati da un'altra legge, e quando queste due leggi contenevano delle disposizioni opposte sulla capacità delle mogli, relativamente alle obbligazioni ed alle vendite che far da esse potevansi. Formavasi come una specie di contrasto fra lo statuto porsonale, vale a dire la legge del domicilio o del luogo ove fu contratto il matrimonio, e lo statuto reale, che era la legge che regolava il luogo ove i beni erano situati. Quindi dopo parecchie controversie, erasi infine deciso che una donna maritata in un paese di comunione, come era Parigi o il Borbonese, e che aveva dei beni immobili situati in un paese in cui la dote era inalienabile, com'era l'Auvergne, il cui statuto aveva adottati a questo riguardo i principj del diritto romano, non poteva, anche col consenso del marito, vendere i suoi immobili in Auvergne, quantunque ella avesse potuto con questo consenso vendere i suoi beni situati in paese regolato dallo statuto di Parigi o del Borbonese. Ed all'opposto la donna maritata col regime dotale, in Auvergne, la quale aveva de' beni immobili situati nel territorio di Parigi o del Borbonese, e che non avrebbe potuto alienare i suoi beni dotali situati nel paese di Auvergne, anche col consenso di suo marito, avrebbe poi potuto, con questo consenso, vendere i suoi fondi situati in paesi regolati dallo statuto di Parigi o del Borbonese. Veggasi il sig. Chabrol sullo Statuto di Auvergne, tom. 2, pag. 181, 222 *e seg.* ed Auroux des Pomiers, sullo Statuto del Borbonese, art. 238, num. 4. Anche sotto il Codice civile possono esservi delle circostanze in cui seguir si debba siffatta diversità di legislazione. È manifesto che in simili casi deggiono sempre combinarsi le convenzioni dei contratti di matrimonio, che possono esser varie, colle disposizioni degli antichi statuti personali o reali. Ma potrebbe pur praticarsi quel che altra volta si è praticato; ed è che la moglie, la quale volesse vendere ovvero obbligare i suoi immobili situati in paesi regolati dagli antichi statuti proibitivi, potrebbe farlo, e garantire, col consenso del marito la sicurezza della vendita o della obbligazione, con un obbligo

somiglianza tra un caso e l'altro. Vi sono altri principj da invocare nell'ultimo caso. La legge antica che regola, e la nuova che modifica, esercitano ognuna il suo impero. Tutto si riduce a conciliarle in modo che non vi sia retroattività, e soprattutto che la frode non sia protetta.

ipotecario al quale assoggetterebbe i suoi beni situati altrove, come in Parigi o nel Borbonese, e che quindi fossero disponibili.

E questo è quello ch'è stato giudicato con decreto della Corte di cassazione, sezione civile, de' 5 maggio 1818, Denevers, lo stesso anno, pag. 552. La sig. Guillibert, nata in Normandia, maritata al sig. Sombret, domiciliato ad Abbeville regolato dallo statuto di comunione, vendè, il giorno 5 ventoso anno 6 (26 febbraio 1798), al signor Vasse-Renoult, un fondo rustico situato in Normandia. Nel contratto di vendita si diceva che di questo fondo parte era del sig. Sombret, e parte della sig. Sombret, *come dipendente da di lei beni dotali.* Lo stesso atto contenea pure che la sig. Sombret *garantirebbe la vendita da essa fatta sopra i suoi beni presenti e futuri.* La sig. Sombret chiese la nullità di questa vendita, in forza degli art. 538, 539, e 540 dello Statuto di Normandia, i quali proibivano l'alienazione dei beni dotali senza rinvestimento. Il tribunale di prima istanza di Dieppe, a'17 febbraio 1813, profferì sentenza che accolse la domanda della sig. Sombret, ma che contemporaneamente la condannò alla garanzia del sig. Vasse-Renoult, e *sopra tutti i beni che ella possedeva fuori della giurisdizione dello Statuto di Normandia*, ed anche sopra un fondo detto Thionville, situato in questa provincia, ma che era a lei ricaduto dietro la pubblicazione del Codice civile. Questa sentenza fu confermata con una decisione della Corte reale di Rouen. Il ricorso contro di questa decisione fu rigettato dalla Corte di cassazione, la quale si fondò sul motivo che la sig. Sombret, domiciliata nella giurisdizione dello Statuto di Ponthier, cui col contratto di matrimonio erasi sottomessa, aveva potuto obbligarsi alla garanzia della vendita da essa fatta al sig. Vasse-Renoult, ed assoggettare a siffatta garanzia tutti quelli fra i suoi beni che non erano regolati dallo *statuto reale* dello Statuto di Normandia.

Questa decisione ha giudicata altresì una questione assai interessante. Colui che aveva comprato dalla sig. Sombret allegava due ragioni in sua difesa. Diceva prima di tutto che questa signora essendosi maritata sotto l'impero d'uno statuto della comunione, quello di Normandia, *come statuto reale*, non aveva potuto proteggere che gl'immobili situati in luoghi soggetti al suo impero; che perciò nulla impediva che, essendo autorizzata da suo marito, ella non si obbligasse con tutt' i suoi altri beni. Ed è quello che ha giudicato la Corte di cassazione. Fin qui si è deciso nel senso che la moglie, sebbene maritata in paese della comunione, non aveva potuto vendere ed ipotecare ad una garanzia, prima del Codice civile, anche col consenso di suo marito, beni situati in paese regolato da uno statuto di-

verso da quello che aveva regolato il matrimonio, che ne proibiva l'alienazione.

Ma dopo la promulgazione del Codice civile, era pervenuto alla signora Sombret un territorio situato, pure in Normandia, chiamato *Thionville* e l'acquirente avea chiesto che la sua garanzia comprendesse anche questo territorio, quantunque posto in questa provincia. Egli pretendeva che la sua domanda fosse ammessa, per la ragione che questo territorio non era pervenuto alla sig. Sombret se non dopo la pubblicazione del Codice civile, e quindi dopo l'abrogazione dello Statuto di Normandia. Era questa una seconda questione, e si è veduto che la sentenza del tribunale di Dieppe, confermata dalla decisione della Corte reale di Rouen, l'aveva decisa in favore del sig. Vasse-Renoult. Questa sentenza, pronunziando la garanzia sopra tutti i beni posseduti dalla sig. Sombret, *fuori della giurisdizione dello Statuto di Normandia*, vi comprendeva *pure il territorio detto Thionville*, situato in Normandia, ma che era a lei pervenuto *dopo la pubblicazione del Codice civile.*

La sig. Sombret impugnava questa decisione dicendo che, in conformità dell'art. 542 dello Statuto di Normandia, i beni pervenuti alla moglie durante il matrimonio non potevano essere alienati più di quello che il potessero essere i suoi beni dotali; che allora, sulla ipotesi ch'ella fosse obbligata di garantire il sig. Vasse-Renoult coi suoi beni situati nella giurisdizione dello Statuto di Abbeville, era certo, almeno che i beni pervenutile in Normandia, durante il matrimonio, non potevano essere sottoposti a questa garanzia, e che perciò la Corte reale non poteva autorizzare il regresso del sig. Vasse-Renoult sul territorio di *Thionville*, situato in Normandia, sebbene fosse pervenuto alla sig. Sombert dietro il suo matrimonio, e dopo la pubblicazione del Codice civile.

Ma la Corte di cassazione si è pronunziata per la garanzia sul territorio di *Thionville*, garanzia che era l'oggetto della seconda ragione dell'acquirente. Ecco i motivi della decisione: « Sul secondo mezzo, attesochè il territorio di *Thionville*, situato in Normandia, e pervenuto alla sig. Sombret, per la morte di suo fratello, posteriormente alla pubblicazione del Codice, non è stato sottoposto alla disposizione dello statuto Normando CHE QUESTO CODICE HA ABOLITO ». Da questa decisione si ricava un'importante conseguenza, cioè a dire, che se dopo il Codice civile perviene ad una donna maritata, con il regime di comunione, un fondo situato nella giurisdizione di un antico statuto, il quale conteneva tali disposizioni da fare sì che questi beni non potevano essere nè alienati nè ipotecati, an-

che col consenso del marito, la proibizione è cessata; e questi beni han dovuto essere regolati ed amministrati come tutti gli altri beni della momoglie. Lo statuto reale abolito dal Codice si è fuso nello statuto personale. Io non discendo a queste particolarità per istabilire l'applicazione di questa conseguenza: essa si farà da sè medesima, secondo le circostanze che si presenteranno.

Vi sono nondimeno, dei casi in cui la libertà che aveva una donna maritata, riguardo alla disposizione di alcuni beni, si trova ristretta dal Codice civile. È insorto il dubbio se la moglie deve o nò conservare in tutta la sua pienezza l'antica libertà accordatale. Questo merita di esser rischiarato con un esempio.

Nei paesi di diritto scritto, giusta la legge 8 al Codice, *de pact. conv.* ed in molti statuti che ne avevano adottati i principj, come quello di Auvergne, art. 1. tit. 14, la moglie oltre i suoi beni dotali poteva avere altresì dei beni parafernali e dei beni avventizj. I primi erano quelli che si era riserbati maritandosi; i secondi quelli che le venivano deferiti durante il matrimonio. Ora, ella aveva la facoltà di vendere ed ipotecare ambe queste specie di beni, senza l'autorizzazione del marito. Nondimeno si era introdotto, in alcuni parlamenti, una giurisprudenza a norma della quale questa autorizzazione era necessaria. Ma nell'art. 1576 del Codice civile, si è detto che la moglie non può alienare i suoi beni parafernali senza l'autorizzazione del marito, o, se questi dissenta, senza il permesso del giudice. Si è dunque chiesto se quando la moglie aveva ambedue queste specie di beni, anche prima della promulgazione del Codice civile, nei paesi in cui ella poteva disporne da sè sola e a suo talento, ella ha potuto, dopo siffatta promulgazione, godere del medesimo diritto, o se al contrario, conformemente al Codice civile, sia necessaria l'autorizzazione del marito.

Tal questione presenta parecchie difficoltà. La giurisprudenza però si è formata, ragionevolmente, nel senso della necessità dell'autorizzazione. Da un lato, almeno per ciò che concerne i paesi di diritto scritto, si è sempre dubitato se dalla legge 8 al Codice, *de pact. conv.* da me citata, risultava che la moglie potesse disporre della proprietà de' suoi beni parafernali e avventizj, senza il consenso del marito, o se avesse il solo diritto di amministrali e percepirne i frutti senza alcuna ingerenza dello stesso marito. Ecco quello che aveva dato luogo alla diversità di giurisprudenza da me ricordata. La necessità dell'autorizzazione del marito, anche per la vendita dei beni parafernali e avventizj si accostava più allo spirito del diritto

romano e degli statuti che erano a questo conformi. Era nell'interesse della moglie e dei figli che il diritto romano e questi statuti aveano assolutamente proibita l'alienazione e l'ipoteca dei beni dotali, ed era per una conseguenza del medesimo interesse, che l'alienazione e l'ipoteca dei beni parafernali ed avventizj non veniva permessa altrimenti che coll'autorizzazione del marito.

Del resto, avendo la giurisprudenza ammesso, che sebbene la moglie anticamente potesse da sè sola disporre dei suoi beni parafernali, ella però, dopo il Codice civile, è privata di queste facoltà giusta l'art. 1576 dello stesso Codice, o che almeno non potesse esercitarla che sotto le condizioni stabilite da questo articolo, non può dirsi che vi sia un effetto retroattivo rispetto alla donna maritata prima del Codice civile. Non vi è retroattività allorchè la moglie non ha esercitata, prima del Codice, la facoltà di disporre della proprietà, che le accordavano le antiche leggi, o gli usi antichi. Infine la moglie ha sempre, anche dopo il Codice civile, nel caso che il marito si nieghi ad autorizzarla, la risorsa del permesso del giudice. Il suo antico diritto rimane, ma con un saggio temperamento.

Dell'ipoteca legale ne' casi di riversione convenzionale, e di una disposizione col peso di restituire i beni.

263. Mi restano ad esaminare due altri casi particolari rispetto alla ipoteca legale della moglie; l'uno è quello della riversione convenzionale apposta ad una donazione; l'altro quello di una sostituzione o disposizione coll'obbligo di restituire i beni.

Relativamente al primo caso, nell'art. 952 del Codice civile si dice « che l'effetto del diritto di riversione sarà di sciogliere tutte le alienazioni dei beni donati, e di farli ritornare al donante, franchi e liberi da ogni peso ed ipoteca ». Ma vi si soggiunge: « A riserva però della ipoteca della dote, e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del marito donatario non bastino, e nel caso soltanto che la donazione gli sia stata fatta nello stesso contratto matrimoniale, da cui risultano tali diritti ed ipoteche ».

Da questo articolo risulta che sebbene l'ipoteca accordata dalla legge alla moglie, nel caso e colle condizioni in esso enunziate, non sia che sussidiaria, e che non debba aver luogo sopra i beni donati se non quando vi è insufficienza di beni proprj del marito donatario; pure essa

non per questo ha meno il carattere d'ipoteca legale sopra i beni donati quando occorre di esercitarla. Questi beni non appartengono meno al donatario: essi divengono la garanzia della dote e delle convenzioni matrimoniali. La modificazione, che si è portata a questa responsabilità, non altera la natura dell'ipoteca.

Una osservazione essenzialissima è però da farsi, cioè, che se al tempo della donazione, il marito donatario avesse beni capaci ad assicurar la dote e le convenzioni matrimoniali, o che se, non avendone allora, ne acquistasse in seguito, in guisa che offrissero la stessa sicurezza, la moglie dovrebbe prendere delle precauzioni onde conservare la sua ipoteca legale su questi beni, in caso di vendita per parte del marito, in conformità delle disposizioni del Codice civile relative ai *privilegj ed alle ipoteche*. Spetta alla moglie a invigilarvi, giacchè la legge su i beni gravati da un diritto di riversione non le dà che una ipoteca sussidiaria; e che ella deve contentarsi di questa ipoteca, come è, ovvero rinunziarvi. Ella non può dividere la condizione sotto la quale è stabilita, non essendolo specialmente che nel di lei interesse. Trascurando la sua ipoteca sopra i beni proprj di suo marito, ella cangerebbe la sua situazione, in danno del donante; ella trasporterebbe l'ipoteca principale su i beni donati, e l'ipoteca soltanto sussidiaria sopra i beni proprj del marito, il che sarebbe contrario all'equità, alla convenzione, ed al voto della legge.

Passo al secondo caso qui sopra mentovato. A questo proposito convien partire dall'art. 1054: « Le mogli dei gravati, in esso è detto, non potranno avere, su' beni da restituirsi, veruna azione sussidiaria in caso di insufficienza dei beni liberi, fuorchè pel capitale del denaro portato in dote, e nel caso soltanto che il testatore lo abbia espressamente ordinato. Si conosce prima di tutto la gran differenza che vi è tra questo e l'art. 952. L'ipoteca sussidiaria ha luogo di diritto, e senza che ve ne sia una convenzione espressa, su' beni donati, non solamente per la dote, ma ancora per le convenzioni matrimoniali; laddove nel caso dell'art. 1054 l'ipoteca sussidiaria viene accordata solamente per *la dote*; e di più fa d'uopo che il donatore l'abbia così espressamente voluta. Quantunque leggasi in questo articolo la parola *testatore*, non bisogna però dedurne che la disposizione debba esser fatta solo per testamento. Ravvicinando questo articolo a tutti quelli che lo precedono, e specialmente coll'art. 1048, si resta convinto che la disposizione può farsi tanto con atto tra vivi, quanto con atti di ultima volontà. Da queste parole, *pel capitale del de-*

naro dotale, si ricava la conseguenza che la legge ha voluto accordare l'ipoteca sussidiaria alla sola ripetizione di una dote portata in denaro, e non già alle somme che provengono dalla vendita degl'immobili dotali della moglie, salvo quando la vendita è nulla, l'azione di rivendicazione contra i terzi possessori.

Vi è però una circostanza in cui un donatore può ripigliare i beni da lui donati. Intendo parlare del caso preveduto dall'art. 747 del Codice civile. Ma appunto perchè questo diritto non è deferito che a titolo di *successione*, il donatore non ripiglia i fondi donati se non col peso di tutti i debiti ed ipoteche de'quali sono stati gravati dal donatario. Su tutto quello che io ho detto si veggano le osservazioni da me fatte nel mio *Trattato delle donazioni*, num. 35, 36, 38 e 378.

PARAGRAFO II.

DE'MEZZI INDICATI DALLA LEGGE PER LA CONSERVAZIONE E RIDUZIONE DELLE IPOTECHE LEGALI IN FAVORE DELLE MOGLI, DE'MINORI, DEGLI INTERDETTI, E PER LA SICUREZZA DEI TERZI.

SOMMARIO

264. *De' mezzi relativi alla conservazione delle ipoteche delle mogli e dei minori.*

265. *La trascrizione è inutile per la purgazione delle ipoteche legali.*

266. *La donna maritata perde ella senza alcun rimedio ogni diritto sul prezzo del fondo venduto dal marito, ove non abbia presa iscrizione nei due mesi a contar dall' affisso del contratto nella sala di udienza?*

267. *Della facoltà di restringere l' ipoteca legale, e del modo di questa restrizione.*

268. *Caso di revoca della restrizione.*

269. *Osservazione importante sulla restrizione di un'ipoteca legale accordata da una moglie di età minore.*

270. *La riduzione sopra determinati fondi del marito può aver luogo per le ipoteche legali di antica data.*

271. *Osservazioni sopra un inconveniente che si crede derivare dalla maniera di purgare le ipoteche legali della moglie.*

De' mezzi relativi alla conservazione delle ipoteche delle mogli e dei minori.

264. Parlando dell'ipoteca convenzionale, sez. 2.ª, §. 2.°, e spiegando l'oggetto e le forme della iscrizione in generale, ho indicate ancora le forme particolari delle iscrizioni relative alle ipoteche legali delle mogli e dei minori; ma conveniva che io risalissi ai mezzi dalla legge suggeriti per la conservazione delle ipoteche legali che vengono messe in opera dalle formalità. È questo il luogo in cui aveva proposto occuparmene.

Poichè il legislatore ha voluto che le ipoteche legali delle mogli sopra i beni dei loro mariti, e quelle de' minori e degl' interdetti su i beni dei loro tutori fossero esenti dalla iscrizione per la conservazione de' diritti rispettivi, ciocchè forma una grande eccezione al principio fondamentale della pubblicità dell' ipoteche, ch' è la base della legislazione ipotecaria, la sua savviezza gli ha somministrati i mezzi mercè i quali una tale esenzione non divenisse un campo aperto ad eludere la buona fede dei terzi che contrattar potrebbero coi mariti e coi tutori.

Siffatti mezzi consistono, 1.° nella necessità in cui sono i mariti ed i tutori di render pubbliche le ipoteche delle quali si sono contentati che i loro beni fossero gravati; in quella di cercare le inscrizioni sopra loro medesimi; ed in fine nel timore di esser tenuti come stellionatarj, di poter esser convenuti per tali, ove consentano di far prendere iscrizioni su i loro immobili, senza l' espressa dichiarazione che questi immobili erano soggetti alla ipoteca legale delle mogli, dei minori, o degli interdetti (1).

2.° Nell'obbligo imposto al tutore surrogato, sotto pena della sua responsabilità personale, d'invigilare perchè la iscrizione sopra i beni del

(1) Debbo far conoscere che un decreto della Corte di cassazione, de'25 giugno 1817, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 409, ha giudicate alcune questioni relative a queste controversie, che giova conoscere. Essa ha specialmente stabilito, interpetrando l'art. 2059 del Codice civile, che non vi esiste stellionato quando non si dichiarano le ipoteche convenzionali o giudiciali, ma solamente quando vengono presentati come liberi i fondi già ipotecati. La stessa decisione ha giudicato, interpetrando l'art. 2136, che il marito non è stellionatario quando non dichiara l'ipoteca legale della moglie sugl'immobili che egli vende, ma solo quando consente, e fa prendere iscrizioni per privilegj o ipoteche, senza dichiarare espressamente che questi immobili sono gravati dall'ipoteca legale della moglie. Si può vedere anche Sirey, al tom. 18 parte prima, alla pag. 13.

tutore si prendesse, ed anche disporre che fosse eseguita, qualora di ciò si volesse far di meno: la legge ha preveduto ancora il caso di negligenza, sia del tutore, sia del tutore surrogato, per l'adempimento di siffatta obbligazione, ed anche quella per parte del marito; essa ha stabilita una garanzia, tanto per la moglie, i minori, e gl'interdetti, quanto per i terzi, coll'incarico dato al procurator del Re presso il tribunal civile del domicilio de' mariti, e de' tutori, o del luogo ove i beni son situati, onde supplir possa a siffatta loro negligenza.

3.° Nella facoltà accordata non solo alla moglie ed al minore di poter essi medesimi richiedere la iscrizione, ma ancora ai parenti del marito, a quelli della moglie, ed a quelli del minore, e per questi anche ai suoi amici in difetto di parenti. Art. 2136, 2137, 2138 e 2139 del Codice civile.

Ma questo non è tutto. La legge offre una particolar risorsa pei terzi acquirenti che avessero comprato da un marito o da un tutore, i quali fossero nella persuasione che il marito o il tutore avevano, oltre la cosa venduta, sufficienti beni per la sicurezza delle doti e convenzioni matrimoniali, o per quella della tenuta amministrazione. Una tale risorsa nasce dalla libertà dei compratori, i quali possono, quando non vi è iscrizione, purgare i fondi comprati dalle ipoteche delle quali sono gravati. I mezzi che la legge somministra per giungere a questo scopo sono, 1.° il deposito del contratto alla cancelleria del tribunale nella cui giurisdizione sono situati i fondi venduti, la notificazione di questo deposito alla moglie, al tutor surrogato, al procuratore del Re presso lo stesso tribunale, e l'affisso di questo deposito, per il tempo di due mesi, nella sala delle udienze; 2.° la facoltà accordata alle mogli, ai mariti, ai tutori, ai tutori surrogati, ai minori, agl'interdetti ed ai procuratori del Re, di prendere o far prendere, durante questo intervallo, la inscrizione sul fondo alienato, se vi è luogo.

Ecco quanto resulta dagli art. 2192, 2194 e 2195, e dall'avviso del Consiglio di Stato del 1.° giugno 1807, alla disposizione del quale mi è sufficiente rinviare. Questo avviso è così preciso, circa le formalità che ne formano l'oggetto, che è inutile di entrare a tal riguardo in veruna spiegazione. Osserverò solamente che quando la moglie del venditore è vivente, come pure il tutore surrogato dei minori che si trovassero sotto la tutela del venditore, e che quando è certo che essi sono noti al compratore, purchè ciò avvenga in virtù di titoli precisi, e derivanti dall'acquirente, allora la notificazione dell'atto di deposito, fatto nella cancelleria,

del contratto traslativo di proprietà, e prescritto da questo avviso, e dagli articoli del Codice che vi hanno relazione, deve essere assolutamente fatta a questa moglie ed a questo tutor surrogato, non essendo sufficiente che fosse fatta al solo procurator del Re. La stessa conseguenza può cavarsi non solo da questo medesimo avviso del Consiglio di Stato, ma benanche da un decreto della Corte di cassazione, de' 14 giugno 1817, riportato in Denevers, lo stesso anno, pag. 97. L'osservazione d'altronde è molto fondata. Gli art. 2194 e 2195 vogliono che la notificazione, della quale essi fan parola, venga fatta direttamente alla moglie ed al tutore surrogato, ed è nel solo caso in cui la moglie, ed il tutore surrogato, non siano conosciuti dal compratore, che l'avviso del Consiglio di Stato del 1.° giugno 1807, ha suggerite nuove formalità come sono quelle prescritte dall'art. 683 del Codice di procedura.

Bisogna unire all'avviso del Consiglio di Stato del primo giugno 1807 anche quello degli 8 maggio 1812, il quale estende le formalità prescritte col primo anche alle donne divenute vedove, ed ai minori divenuti maggiori sotto l'impero del Codice civile, come pure ai loro eredi ed altri di loro aventi causa.

Dopo sì grandi precauzioni, il legislatore ha dovuto credere, o che vi fossero delle iscrizioni, o che se non ve ne sopravvenissero, ciò accaderebbe nel solo caso che coloro i quali sono autorizzati a prenderle per la moglie, o pe' minori, non avessero voluto nuocere gratuitamente e senza verun oggetto ad un marito, o ad un tutore, che quantunque avessero fatte delle vendite, pure presentassero una solvibilità molto vistosa.

Nella legislazione attuale trovasi un giusto mezzo tra l'editto di marzo 1673, e quello del 1771. Il primo cogli art. 57 e 60 eccettuava dalle sue disposizioni solamente le ipoteche legali, ciocchè lasciava una immensa lacuna nella formazione del sistema ipotecario. Il secondo pronunziava, senz'alcuna eccezione, la decadenza da queste ipoteche, per la sola mancanza di opposizione alle lettere di ratifica (art. 17 e 32). La stessa disposizione poteva sembrar troppo dura, poichè spesso non poteva imputarsi la mancanza di opposizione a quelle persone in favor delle quali queste ipoteche erano state prese.

La trascrizione è inutile per la purgazione delle ipoteche legali.

265. È necessario ch'io faccia riflettere, che l'art. 2194, paragonato coll'art. 2181 e 2183, §. 2, risulta che allorchè si tratta semplicemente di

purgare un fondo dalle ipoteche delle mogli e de' minori, a favor dei quali non furon prese iscrizioni, la preventiva trascrizione del titolo traslativo di proprietà non è necessaria, e che le formalità prescritte dall'art. 2194, sono sufficienti. La ragione si è che quest'ultimo articolo non parla della formalità della trascrizione, e che quelle in esso prescritte, vi suppliscono anche meglio per procurarci la conoscenza del titolo, conoscenza che era chiaramente il fine della trascrizione. Il che si trova giudiziosamente stabilito dal sig. Tarrible, Repertorio di giurisprudenza, alla parola *Trascrizione*, §. 3, num. 5. Siffatta opinione, per fondata che essa sia, non ha più la stessa utilità, dopo la promulgazione degli art. 52, 54, e 61 della legge sulle finanze, de' 28 aprile 1816, coi quali vien prescritto il pagamento delle spese della trascrizione, e di quelle del registro da farsi nel medesimo tempo. L'osservazione però regge pei contratti anteriori alla riferita legge del 1816. D'altronde, su questa moltiplicità di forme per giungere allo stesso fine, e che tutte potrebbero esser ridotte ad una sola, io richiamo l'attenzione del legislatore alla seconda parte, cap. 1.°, sez. 2.° e 4.° di questo Trattato.

La donna maritata perde ella senza alcun rimedio ogni diritto sul prezzo del fondo venduto dal marito, ove non abbia presa iscrizione nei due mesi a contar dall' affisso del contratto nella sala di udienza?

266. Sorge una questione assai importante che merita di essere discussa. Essa consiste nel sapere se, quando un fondo venduto dal marito è rimasto liberato dall'ipoteca legale della moglie, per non essersi presa iscrizione nel lasso dei due mesi a contar dal giorno dell'affissione del contratto di vendita, la moglie o i suoi creditori conservano il diritto di farsi collocare sul prezzo del fondo, quando non sia stato ancora distribuito.

Bisogna distinguere. Se non vi gravita alcuna ipoteca contra il marito venditore, e se il compratore notifica la vendita, uniformemente all'art. 2194 del Codice civile, solamente nel suo proprio interesse, onde conoscere se sopraggiunga, o nò, una iscrizione per parte della moglie, allora non essendo seguita veruna iscrizione fra i due mesi della esposizione del contratto, il fondo venduto passa all' acquirente libero da qualsivoglia peso pei diritti della moglie del venditore, e rimane a fronte di questa validamente liberato. È questo quanto si deduce dall'art. 2195 del Codice civile.

Intanto se, al tempo della trascrizione della vendita e della notificazione, esistessero iscrizioni prese dai creditori del venditore, può l'acquirente valersi del pari delle misure indicate dall'art. 2194. Queste hanno sempre un utile scopo, qual'è quello che il giudizio d'ordine possa farsi, intesi coloro che vantano delle ipoteche legali, le inscrizioni delle quali sarebbero provocate colle formalità relative alla purgazione. Questo è il mezzo onde evitare un ritardo al giudizio d'ordine, il quale non potrebbe farsi senza ordinarsi preventivamente le misure tendenti a purgar le ipoteche legali, come ho detto altrove; mentre, perfezionandosi il giudizio d'ordine senza permettere questi passi, i creditori, i quali vantassero delle ipoteche legali, potrebbero, facendole valere, distruggere quello già fatto, e reclamare il prezzo distribuito.

Nondimeno dovendosi fare una distribuzione, e la moglie iscrivendosi prima della graduatoria, ma spirati i due mesi prescritti dall'art. 2194, essa potrebbe anche concorrere, colla data della sua ipoteca, sul prezzo da distribuirsi. Tutto ciò dipende da un principio elementare sopra questa materia, cioè che l'ipoteca legale della moglie esiste indipendentemente dalla iscrizione; essa prende il suo luogo da sè sola, e dal giorno della sua data, senza bisogno d'iscrizione. Siffatta iscrizione è però necessaria per farsi conoscere e per partecipare nella graduatoria, talchè basta solo che l'inscrizione preceda la graduatoria.

Pareva imbarazzante, e non sapeva concepirsi come il fondo rimanesse libero dall'ipoteca legale nelle mani dell'acquirente, mentre dall'altra parte la moglie conservava il suo diritto sul prezzo.

Il diritto però che in questo caso la moglie esercita sul prezzo, non si oppone ad alcun principio. Perchè la moglie, a differenza dei creditori che han l'obbligo d'iscriversi, può ella concorrere sul prezzo, ancorchè da principio non avesse presa un'iscrizione? è pel favore particolare accordato alla sua ipoteca di essere esente dalla iscrizione. Ma la iscrizione che ella prendesse, decorsi i due mesi, non le darebbe altro diritto che quello di concorrere sul prezzo, e non mai sul fondo. Il suo silenzio, durante i due mesi ne' quali rimase affisso il contratto di vendita, ha già liberato il fondo dall'ipoteca legale, e l'ha convertito in un'azione sul prezzo. E questa azione della moglie sul prezzo interessa i creditori, non mai l'acquirente. Succede, in questo caso, quel che succeder suole quando dopo seguita la notificazione a' creditori del contratto trascritto, in esecuzione dell'art. 2183, non vi sono incanti. La mancanza degl'incanti opera nelle mani dell'acquirente, secondo l'articolo 2186, la purgazione da qualsivoglia privile-

gio ed ipoteca, ed il diritto rimane sul prezzo. Ben si ravvisa che, nel caso in esame, l'operazione è la medesima. Ma la controversia è stata così giudicata da una decisione della Corte reale di Douai, de' 14 aprile 1820, riportata in Denevers, anno 1821, pag. 47 sup. Lo stesso deve anche dirsi nel caso dell'ipoteca legale de' minori e degli interdetti su i beni de' loro tutori.

Sono obbligato però dire che io tratto la controversia per i soli tribunali e giureconsulti, e sotto al rapporto dello stato attuale della legislazione. Che se poi questa dovesse rivedersi, sarebbe meglio che si venisse ad idee più sane e più conformi ai principj che debbono regolare il sistema ipotecario. La purgazione da qualsivoglia ipoteca, ed anche dalla legale, per mancanza d'iscrizione nei due mesi, o in qualunque altro termine a contare dall'affissione del contratto, dovrebbe aver luogo indistintamente tanto per i compratori quanto per i creditori. Sarebbe necessario aversi per principio che quel che fa l'acquirente, lo è non solo nel suo proprio interesse, ma benanche nell'interesse di tutti i creditori, per i quali si presume ch'egli abbia stipulato. Rinvio, a quanto dirò su questo proposito, nella seconda parte, capitolo 1.° sezione 2.ª e 4.ª, e particolarmente nel numero 490.

Della facoltà di restringere l'ipoteca legale, e del modo di questa restrizione.

267. La legge dopo aver provveduto al bene delle mogli e dei minori, e nel medesimo tempo a quello dei terzi, viene in soccorso dei mariti e dei tutori per alleviare, rispetto ad essi, la gravezza delle ipoteche. Per quel che riguarda il marito, la legge permette, quando le parti sono di età maggiore, di stipulare, anche nel contratto di matrimonio, che la iscrizione sarà presa sopra un solo o sopra diversi fondi, rimanendo liberi gli altri, non sottoposti all'ipoteca per la donazione e convenzioni matrimoniali. Quindi una semplice previdenza del marito, anche prima che l'ipoteca fosse presa, può liberare una parte de'suoi beni più o meno considerevole, secondo il valore di essi, proporzionato a quello della dote e convenzioni matrimoniali.

Vi è di più. Se, al tempo del matrimonio, la sua proprietà fosse tale che non si credesse utile il restringere l'ipoteca legale sopra una parte soltanto de'suoi beni, egli anche dopo il matrimonio, aumentandosi la sua proprietà ed offerendo una maggiore sicurezza, potrà chiedere, col

consenso di sua moglie e col consiglio di famiglia, che l'ipoteca sopra tutti i suoi beni immobili si limiti a quelli che sono sufficienti alla conservazione di tutti i diritti della moglie.

Rispetto poi al tutore, egli potrà domandare la stessa restrizione, essendovi luogo, al consiglio di famiglia nel tempo della sua nomina. Art. 2140, 2141, 2143 e 2144 del Codice civile (1).

Queste misure sono una pruova della previdenza del legislatore, onde render facile la pratica del regime ipotecario col sistema della pubblicità che ne forma la base fondamentale: fa meraviglia come se ne usi così di rado. Non senza ragione, la Corte di cassazione, con decreto de' 9 novembre 1819, giudicò che la moglie poteva esercitare le sue ipoteche legali anche sopra i beni della comunione venduti dal marito, decreto da me riportato nel num. 248, che il marito dee imputare sè medesimo, in caso di non aver *fatta ridurre* questa ipoteca, se vi era luogo. Basta leggere gli art. 2140 e 2144, ed anche gli art. 2142 e 2145, per restar convinto che i fondi liberati dall'ipoteca legale della moglie, per effetto delle misure indicate, potranno esser venduti ed ipotecati dal marito con piena sicurezza. Se la riduzione delle ipoteche legali fosse stata più frequente di quella che è, non si sarebbero visti tanti creditori ed acquirenti tormentati da vani sentimenti per non aver impegnati i mariti ed i tutori, coi quali contrattarono, a far uso di questo mezzo, e questi non si troverebbero esposti a tante penose ed umilianti molestie, giusta l'art. 2136 del Codice civile, per averla imprudentemente trascurata. La pratica di quest'uso è uno de' mezzi mercè i quali vengono meno molte critiche fatte alla legislazione ipotecaria.

Caso di revoca della restrizione.

268. Nondimeno bisogna osservare che questa restrizione d'ipoteca sopra determinati immobili del marito, stabilita in conformità degli articoli citati, potrebbe esser revocata. La revoca si potrebbe reclamare sia in caso di deperimento dei fondi sopra i quali l'ipoteca della moglie si era ridotta, in modo che più non offrissero una sufficiente garanzia, sia

(1) In questo e nel precedente numero si troveranno alcuni squarci che leggonsi nel Rapporto ch'io feci al Tribunato ed al Corpo legislativo sulla legge relativa a' privilegj e alle ipoteche. Gli ho trascritti parola per parola. Ho creduto poter copiare me stesso, senza che vi fosse bisogno di tradurmi, avendo conosciuto che le mie prime espressioni comunicano anche meglio le idee di quello che l'avrebbero comunicate le frasi da sostituire.

che si venisse in seguito a scoprire che la proprietà di questi beni non appartenesse con certezza al marito, o che si fossero gravati da ipoteche legali esenti dall'obbligo della iscrizione, e che a questo riguardo da principio non si conoscevano. Si vede chiaro che questa revoca per la restrizione potrebbe esser chiesta o dalla moglie, o da tutti coloro che la legge autorizza a prendere iscrizione per essa, ed ai quali affida la cura dei di lei interessi: si vede pure che non potrebbe pronunziarsi che colle forme prescritte dalla legge a tale oggetto. Ma tutto quel che avesse fatto il marito in conseguenza della restrizione, prima che fosse revocata, non dovrebbe aver minore esecuzione. I terzi avrebbero contrattato con lui sulla fiducia dell'autorità giudiciaria, e la revoca della restrizione, la quale non può farsi che nell'interesse della moglie, non potrebbe avere un effetto retroattivo in pregiudizio dei terzi.

Le iscrizioni prese dal marito (e tutto ciò è comune col tutore), sopra gl'immobili ai quali l'ipoteca legale si sarebbe ridotta, debbono parlare degli atti o delle sentenze in forza delle quali la restrizione si fosse operata; ed indispensabilmente devono esser prese nuove iscrizioni in virtù di atti o di sentenze mercè le quali la restrizione è stata revocata, affinchè i terzi non restino defraudati per aver conosciuta la riduzione, e non la revoca. Il pubblico deve ciò conoscere per via di menzioni accurate da farsi a tal uopo sul registro del conservatore delle ipoteche. Devesi ravvicinare sul registro la revoca della restrizione e la restrizione medesima, perchè sieno conosciute nello stesso tempo.

Finalmente occorre pure osservare che la restrizione dell'ipoteca sopra determinati fondi del marito, quando vi sia luogo, deve esser l'unico scopo delle deliberazioni provocate dal marito, ovvero dalla moglie. Non può essere ordinato, nè convenuto, *che non si prenda alcuna iscrizione* dalla moglie, come l'art. 2140 in fine dichiara. Ciò importerebbe l'intera perdita de' suoi diritti, mentre la legge non cessa di vigilare per la loro conservazione, conciliando nondimeno i suoi interessi con le facilitazioni che è giusto di accordare al marito; il che ha luogo anche pel tutore riguardo ai minori.

Osservazione importante sulla restrizione d'un' ipoteca legale accordata da una moglie di età minore.

269. Rispetto alla restrizione della ipoteca legale si è elevata una questione importantissima. Si tratta conoscere se una moglie di età minore

possa acconsentire alla restrizione della ipoteca legale della sua dote, da stabilirsi nel contratto stesso di matrimonio, assistita da quei parenti il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio medesimo. La difficoltà sorge dall'art. 2140. Questo articolo accorda la facoltà di restringere l'ipoteca sopra determinati fondi ai *contraenti di età maggiore*, donde ne siegue per l'argomento *a contrario* che questa facoltà vien negata alle mogli di età minore.

Si è creduto poter vincere questa obiezione col dire che la nullità sarebbe certa se la restrizione fosse stata convenuta da una minore sola; ma non è la stessa cosa quando viene assistita da parenti della qualità di quelli di cui ho già parlato. Si appoggiava questa distinzione sulla disposizione degli articoli 1309 e 1398. Nel primo si dice: « Il minore non può esser restituito in intero per le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state fatte coll'approvazione e assistenza di coloro il di cui consenso è necessario per la validità del suo matrimonio ». Nel secondo si dice: « Il minore capace a contrarre matrimonio è pure capace a prestare il consenso per tutte le convenzioni relative a questo contratto: e le convenzioni e donazioni che avesse fatte saranno valide, purchè nel contratto sia stato assistito da quelle persone il consenso delle quali è necessario per render valido il matrimonio ». Ora, dicevasi, combinando questi articoli coll'art. 2140, la donna di età minore, assistita dai parenti che sono enunciati nei due primi articoli, deve assimilarsi alla donna di età maggiore per quel che riguarda la capacità. E nell'art. 2140 e negli altri due articoli trattasi *di convenzioni fatte in un contratto di matrimonio*. Ma prestando qualche attenzione si rimane convinto che quest'ultima opinione non si può sostenere.

Primieramente conviene riflettere alla differenza dei titoli o *rubriche* sotto le quali questi tre articoli sono messi. Quanto ai titoli relativi ai due primi, non poteva trattarsi se non di convenzione in generale, come le donazioni, le sopravvivenze, ed altre convenzioni solite ad usarsi tra persone che vanno a maritarsi; ma che possono essere eccessive, e che sebbene permesse, malgrado il loro eccesso, tra maggiori, non dovessero autorizzarsi tra minori, senza la condizione apposta dal legislatore, in questo caso particolare. Mentre l'art. 2140 è messo sotto un titolo che si propone oggetti di una natura tutta diversa da quelli che formano la materia dei titoli nei quali si trovano gli articoli 1309 e 1398. È regola costante, in materia d'interpretazione, che gli articoli, che regolano casi

particolari, debbono esser letteralmente eseguiti per ciascuno dei casi ai quali sono applicati, e che la regola che riguarda limitativamente un caso, non si può estendere a regola generale. Una riguarda il genere, l'altra la specie.

Secondariamente, se si consulta la discussione che ebbe luogo nel Consiglio di Stato, sull'art. 2140, non può dubitarsi che l'intenzione vera del legislatore non sia stata che quella di accordare la facoltà della restrizione alla moglie di età maggiore; che per questa ragione si sono inserite nell'art. 2140 le parole *i contraenti di età maggiore*, e che non vi si sono ricordate le disposizioni degli art. 1309 e 1398, per dare la stessa facoltà alle donne di età minore, trovandosi nelle circostanze indicate da questi articoli. In maniera che la lettera e lo spirito della legge concorrono a stabilire a favore della moglie di età maggiore, la riduzione della quale l'art. 2140 fa parola. La Corte reale di Parigi sul principio aveva considerata la riduzione dell'ipoteca fatta da una moglie di età minore nel suo contratto di matrimonio, quando veniva assistita dai suoi parenti, come capace di produrre lo stesso effetto di quella eseguita da una donna di età maggiore, come leggesi in una decisione de' 10 agosto 1816: Denevers, anno 1817, pag 73. Ma essa si è procurato il merito di attenersi alla opinione contraria, come si vede da una sua decisione de' 22 aprile 1818. Questa decisione è stata confermata dalla Corte di cassazione a' 9 luglio 1820: Denevers, lo stesso anno, pag. 485. Per brevità non ne riferirò i motivi, la di cui solidità per altro è tale da credersi che ormai la controversia non presenti alcun altro dubbio (1).

È mestieri nondimeno far attenzione che la discussione, la quale precede la decisione, fa conoscere che si pretendeva sostenere non esser nulla la restrizione dell'ipoteca, sol perchè fatta da una donna di età minore, ma doversi dichiarar nulla nel caso in cui i fondi pei quali si è convenuta la restrizione fossero insufficienti per mettere in sicuro i diritti della moglie. Si voleva con ciò dire che i minori non dovessero essere restituiti in intero contra le loro obbligazioni se non nel caso in cui queste obbligazioni fossero di nocumento a' medesimi; e che essi non possono chiedere la riparazione di un danno a loro cagionati. Ecco lo spirito di una decisione della Corte reale di Parigi, del giorno 22 aprile 1818: « Attesochè, essa dice, se nel contratto di matrimonio di una minore, assistita dai suoi pa-

(1) M. Laporte (continuatore di questa raccolta che ha conservato il suo antico nome) dà un motivo che concorre efficacemente con quelli della decisione.

renti, è permesso di convenire che la di lei ipoteca legale sia restrinta sopra certi determinati fondi, la ragione, la giustizia, e la legge vogliono che questi siano *sufficienti per la sicurezza dei diritti della moglie*, e senza che la sua ipoteca possa divenire illusoria ». Ma il decreto della Corte di cassazione è concepito in un senso tale da non ammettere questa distinzione. La Corte di cassazione ha opinato che l'art. 2140 ha limitato in un modo assoluto alla donna di età *maggiore*, la facoltà di restringere la ipoteca legale. Si vede ancora chiaro che è difficile dare qualche effetto ad un consenso, il quale essendo nullo in sè stesso, deve considerarsi come non esistente.

La riduzione sopra determitati fondi del marito può aver luogo per le ipoteche legali di antica data?

270. È stato oggetto di gran disputa il sapere se le ipoteche legali, risultanti da matrimonj contratti anteriormente alla pubblicazione del Codice civile, possano ridursi colle formalità stabilite da questo stesso Codice.

Il sig. Chabot (de l' Allier) *Quest. trans.* sotto la parola Ipoteche, §. 1, è stato di avviso per la negativa; ma l'affermativa sembra potersi adottare senza difficoltà, e non evvi in ciò effetto retroattivo. Non si contrasta che le ipoteche generali antiche, puramente convenzionali, derivanti da contratti anteriori al Codice civile, giusta la generalità dell'ipoteca che aveva luogo nell'antica legislazione, non potrebbero esser ridotte senza il consenso del creditore, poichè si darebbe effetto retroattivo al Codice civile. È incontrastabile ancora che, rispetto alle ipoteche giudiciali antiche, ha dovuto essere lo stesso e per le medesime ragioni. La sentenza ha conferito al creditore il medesimo diritto della convenzione.

Questo è pure quel tanto che io ho osservato nel trattare di ciascuna ipoteca. Il sig. Chabot lo ha anch'egli detto. Ma a me pare che non vi sia analogia tra questi due casi e quello delle ipoteche legali antiche. L'art. 2135 ha reso partecipi tutte le donne maritate, al tempo della sua promulgazione, dei vantaggi inerenti alla legalità della loro ipoteca. La sospensione che aveva potuto operarsi, durante la legge di brumaio anno 7, è sparita. Alle donne maritate non si sono preferiti se non quei creditori i quali, nel sistema di questa legge, avessero presa iscrizione sopra i beni del marito, mentre le mogli non l'avevano presa. Il Codice civile ha dunque stabilita una specie di omogeneità tra tutte le ipoteche legali antiche e quelle che dovevano aver luogo dietro la pubblicazione

del Codice. La facoltà della riduzione ha dovuta esser comune alle ipoteche legali delle donne maritate anticamente, ed a quelle che si fossero maritate in seguito, come altresì ha dovuto essere a tutte applicato il principio della legalità.

Ciò che pare decisivo si è, che quando si tratta di antiche ipoteche generali convenzionali, o di antiche ipoteche giudiciali, il creditore il quale non vuole ridurle reclama la esecuzione di una antica convenzione che non potrebbe essere violata senza vizio di retroattività. Però la riduzione dell'ipoteca legale antica si presenta sotto un altro aspetto. Tale riduzione, giusta l'art. 2144, non potrebbe operarsi se non col consenso della moglie, e dietro il parere di quattro de' suoi più prossimi parenti. Ora, non si può presumere che una riduzione, operata in simili circostanze, possa essere di nocumento alla moglie. Lo stesso si dica delle tutele, per le quali dovrà osservarsi l'art. 2143, se ve ne fossero effettivamente esistenti, quantunque anteriori alla promulgazione del Codice civile.

Osservazioni sopra un inconveniente che si crede derivare dalla maniera di purgare le ipoteche legali della moglie.

271. Da taluno si è osservato che la maniera di purgare l'ipoteca legale di una moglie, sotto la podestà maritale, produce un inconveniente. Nell'art. 2195 sta detto che se sieno fatte inscrizioni per parte ed in nome delle mogli, dei minori, o degli interdetti; e se esistano creditori anteriori i quali assorbono il prezzo in tutto o in parte, il compratore è liberato dalle ipoteche per quel prezzo, o per quella porzione del prezzo che ha pagato ai creditori collocati in grado utile; e le iscrizioni fatte in nome delle mogli, dei minori, o degl'interdetti, saranno cancellate, o in tutto, o sino alla debita concorrenza. Nello stesso articolo è soggiunto che se le iscrizioni prese in nome delle mogli, dei minori e degl' interdetti, sieno le più antiche, il compratore non potrà fare alcun pagamento del prezzo *in pregiudizio delle dette iscrizioni,* le quali avranno sempre, come si disse antecedentemente, la data del contratto di matrimonio, o dell'assunta amministrazione del tutore: ed in tal caso saranno cancellate le iscrizioni degli altri creditori, che non si trovano in grado utile. Ora, si dice, allorchè per lo stato delle cose il compratore non può fare alcun pagamento delle somme spettanti alla moglie, in pregiudizio delle iscrizioni, che cosa si farà di queste somme? Se restano infruttifere tra le mani dell'acquirente, o se le versa, come ne ha il diritto, la moglie

ovvero il marito sperimenterebbero la perdita degl'interessi spettanti alla moglie.

Ma questo inconveniente non è tanto grave come si crede, e la pratica non lo fa rimarcare in un modo assai chiaro.

Da un canto è nello scopo di ogni sistema ipotecario che tutte le specie d'ipoteche si possano purgare, distaccare dai fondi, e convertire in azioni sul prezzo di questi fondi medesimi. Ora essendo così, è indispensabile che il diritto ipotecario delle mogli, quello dei minori, e degli interdetti cessi, e che gli venga sostituita l'azione sul prezzo. Le disposizioni di questo art. 2195 offrono indubitatamente maggiori vantaggi alle mogli di quel che ne offrissero o la legge di *brumaio* la quale sottoponeva indistintamente tutte le ipoteche alla formalità della inscrizione, o l'editto del 1771, il quale stabiliva la purgazione delle ipoteche delle mogli, dei minori ed interdetti, per la mancanza di opposizione alle lettere di ratifica, salvo il regresso contra i mariti e i tutori.

Dall'altro canto se la moglie è separata di beni, il che accade quasi sempre, si apre una graduatoria sul prezzo dei fondi del marito, il quale fa supporre che i suoi interessi sieno in disordine: allora ella investita della facoltà di prendere ciò che le spetta pe' suoi diritti dotali, diversi dalle sue convenzioni matrimoniali eventuali, rispetto alle quali vi sono altre precauzioni sufficientemente conosciute. Questa facoltà di cui dico di essere investita la moglie, resulta dall'articolo 1449, il quale prescrive che la moglie separata, sia di beni e di persona, sia di beni solamente, ne riassuma la libera amministrazione, e possa *disporre de' suoi beni mobili ed alienarli*. Se poi non è separata di beni, non avrà diritto di riscuotere i denari dotali. Questo diritto, per regola generale, apparterrebbe al marito, il quale, non essendovi separazione di beni, goder deve dei frutti della dote.

Ciò non pertanto io non intendo dire che la moglie possa sempre e necessariamente riscuotere le somme dotali, anche nel caso in cui fosse separata di beni; il rinvenstimento di queste somme può esser sempre provocato onde assicurarne la conservazione, malgrado la moglie, specialmente se vi sono dei figli. L'art. 1449 non è tanto assoluto da non poter far richiedere sì fatto rinvestimento. Ancora il marito può avervi un interesse, e quindi averne il diritto. Resulterebbe ciò dai pesi che l'art. 1448 impone alla moglie separata di beni. Tali pesi rimarrebbero senza una garanzia, se la moglie potesse dissipare la sua dote. L'impiego utile delle somme dotali può sempre attirare l'atten-

zione dei parenti della moglie, la vigilanza del ministero pubblico, e la saviezza dei magistrati. Ho fatto altrove questa osservazione. Da ciò risulta ancora che in verun caso il compratore, sia verso il marito, sia verso la moglie, sborsar deve l'ammontar delle somme dotali per le quali questa sarebbe collocata, o che vi sia o nò separazione di beni. Se il facesse sarebbe responsabile delle conseguenze del pagamento. Egli per questo deve dipendere da ciò che decidono i tribunali.

Si dirà forse che se l'impiego delle somme dotali si ritarda, o che se esso non può aver luogo, la moglie ed il marito possono esser privati degli interessi delle somme dotali? Ma in primo luogo la misura del deposito non produrrebbe, presso a poco, l'effetto di rendere affatto infruttifere queste somme, stante l'interesse che produrrebbero: e poi si deve sempre credere che in questo caso, o per un impiego prossimo o altrimenti, i tribunali avranno la cura di rendere più lieve un inconveniente così fatto.

Lo stesso inconveniente potrebbe anche aver luogo per le somme che debbono spettare ai minori ed agl'interdetti come creditori del tutore. Ma qui vi sono minori difficoltà, poichè vi è un tutore surrogato che invigila sempre alla conservazione degl'interessi del minore o dell'interdetto.

Vi sono altre questioni relative al modo di purgare le ipoteche legali, che stimo cosa indispensabile dover sottoporre ad esame. Ecco quel che ho fatto anche io, specialmente nella sezione IV, capitolo I della seconda parte, ove trattasi di parecchie difficoltà relative alle notificazioni da farsi dagli acquirenti, il cui scopo si è di provocare o le iscrizioni, o gli incanti per parte di coloro cui le ipoteche legali appartengono. Ho trattata ogni cosa al suo luogo, secondo che mi è sembrato più metodico e più proprio ad evitare le ripetizioni.

SEZIONE SECONDA

DELL'IPOTECA LEGALE DE' MINORI E DEGL'INTERDETTI SOPRA I BENI DE' LORO TUTORI

SOMMARIO

272. *Origine e favore di questa ipoteca legale.*

273. *Non vi è che una tutela deferita dal tribunale che produca l' ipoteca legale.*

274. *Non vi è ipoteca legale contro i tutori surrogati, nè contra i curatori.*

275. *Del caso della* protutela *allorchè vi sono dei beni nelle colonie.*

276. *Del tutore sostituito.*

277. *Il figlio minore ha egli un'ipoteca legale contra suo padre, il quale amministra i suoi beni durante il matrimonio?*

278. *Del caso dove una donna emancipata col matrimonio diviene vedova avanti quindici anni, e dove suo padre gode, durante la sua vedovanza, di tutti i suoi beni.*

279. *Decisione recente che giudicò la questione trattata al n.° 277.*

280. *Dell' ipoteca legale dei minori nel caso che la loro madre passi a seconde nozze.*

281. *La tutela officiosa in caso di adozione dà ella luogo all' ipoteca legale?*

282. *Degli oggetti per i quali il minore ha l' ipoteca legale. Del credito dovuto dal tutore al minore.*

283. *Non vi è ipoteca legale per il minore divenuto maggiore, o morto avanti il Codice civile.*

284. *Dell' ipoteca, in Francia, per le tutele fatte in paese straniero.*

285. *Delle riduzioni delle ipoteche legali dei minori ed interdetti. Formalità delle iscrizioni che vi sono relative.*

Origine e favore di questa ipoteca legale.

272. L' ipoteca legale, o tacita dei minori sopra i beni dei loro tutori, trae la sua origine da molte leggi del Digesto. La legge unica al Codice *de rei ux. act.* la rammenta in guisa tale da dare ad intendere che, sul-

l'esempio di questa ipoteca legale, Giustiniano introdusse l'ipoteca della stessa natura in favore delle mogli. *Et ut plenius dotibus subveniatur: quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus; ita et in actione hujus modi*, ec. La stessa ipoteca legale in favore dei minori ritrovasi anche nella legge 20, al Codice *de adm. tut.* Essa è stata sempre ammessa in Francia; ed è sembrata tanto favorevole, che ha avuto sempre luogo, come per la dote, e per le somme dovute per *saldo delle quote ereditarie*, nel Belgio, chiamato *paese di garanzia*, come pure negli statuti di Francia che ne avevano seguitato gli usi nonostante il vivo attaccamento degli abitanti di questi paesi al sistema della pubblicità delle ipoteche. Tanto ci riferiscono Dumoulin, sull'art. 65 dello Statuto di Amiens; e Mornac, sulla legge 26, ff. *de pign. act.* Nondimeno si osserva qualche differenza in certi luoghi dei Paesi Bassi e dell'Olanda, presso gli autori alemanni, e specialmente nelle Istituzioni del diritto belgico di Ghewiet, part. 1, tit. 2, §. 31, art. 10, e seguenti: per modo che non dee far sorpresa se queste tre eccezioni sieno state ammesse nella nostra legislazione. Intorno a questo ho fatto un'osservazione nel discorso preliminare.

Anche gl'interdetti han sempre goduto in Francia l'ipoteca legale sopra tutti i beni de' loro tutori o curatori contabili. Si trova l'origine nella legge 19 ff. *de reb. auct. jud. pos.*

Nella nostra nuova legislazione questa ipoteca legale è stabilita a favore dei minori e degl'interdetti, dagli art. 2121 e 2135 del Codice civile. In essi è detto: *dal dì dell'accettazione della tutela.* Riferisco queste parole per provare ciò che in molte circostanze mi è occorso di dire, che, in generale, l'ipoteca legale trae la sua origine dalla qualità di amministratore e di contabile, e che essa comincia con questa qualità. Ben si scorge inoltre che questa ipoteca legale gravita sopra tutti i beni presenti e futuri. Ogni ipoteca legale è di sua natura generale.

Non vi è che una tutela deferita dal tribunale che produca l'ipoteca legale.

273. Non si deve però perdere di vista che non si possa dare alcuna estensione alla legge sul numero de' casi in cui ella stabilisce un'ipoteca legale: e può darsi come massima che l'ipoteca legale è annessa alla tutela giudicialmente deferita ad un persona in qualità di tutore. Si scorge

che, se fosse diversamente, la legalità dell'ipoteca, che è un oggetto importantissimo, cadrebbe nell'arbitrario, e i creditori e gli acquirenti sarebbero continuamente vittima di un semplice fatto di godimento o di amministrazione, la cui esistenza al pari del titolo sarebbe sconosciuto. Si scorge altresì la differenza che vi è tra un fatto simile, ed una vera tutela deferita dall'autorità pubblica. Può dirsi finalmente che un semplice fatto di amministrazione privata, agli occhi della legge e della società, non ha mai il carattere della tutela. Colui che possiede, o che gode i beni che possono non esser suoi, non è un tutore, tanto più che la tutela va classificata tra le funzioni pubbliche o sociali. Il tutore è dato principalmente alla persona, e l'amministrazione dei beni n'è soltanto una conseguenza.

Sicchè nell'antica legislazione vi erano dei *protutori*. Era un titolo riconosciuto, e che imponeva delle obbligazioni a chi n'era investito. Di ciò non se ne può dubitare, dopo le disposizioni dell'art. 1.° del titolo 29 dell'Ordinanza del 1667. Questo articolo impone la necessità di render conto ai tutori, *protutori*, curatori, ed altri che avranno amministrati i beni altrui. Siffatta somiglianza de'*protutori* coi tutori derivava dalla legge 1 ff. *de eo qui prot. etc.*: *protutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis*: *sive se putet tutorem*: *sive scit non esse*, *finget tamen esse*. Ma fuor di proposito molti antichi dottori, l'opinione dei quali è riferita da Neguzanzio, *de hypothecis* 1.° *memb.*, 2 *partis*, avevano tirato da questa legge, dalla leg. 19 ff. *de reb. auc. Jud.*, e da qualche altra legge, la conseguenza che l'ipoteca legale doveva aver luogo nel caso della semplice protutela come in quello della tutela. Non vi è cosa più vera di quella che ha detto Lacombe, alla voce *Ipoteca*, sez. 5, *in proem.*, vale a dire che l'ipoteca tacita, stabilita dal diritto, non ha luogo in Francia se non ne' casi in cui è autorizzata dalla giurisprudenza. Avrebbe dovuto dire altresì, e forse più a proposito, dagli statuti e dalle leggi francesi. Ve n'è una ragione decisiva, che però questo scrittore non indica, e si è, che le ipoteche legali hanno il loro fondamento, come tuttte le altre nel diritto civile, ed in Francia non si è potuto mai considerare il diritto romano come il diritto civile de' Francesi. Si è sempre osservato come il diritto scritto.

Nell'articolo dell'Ordinanza del 1667, da me già citato, dicevasi che « i tutori, e *protutori*, saranno *sempre riputati contabili*, ancorchè il conto sia chiuso ed approvato, fino a che essi non abbiano pagato il reliquato, se è dovuto, e consegnati tutti i documenti giustificativi ». Da queste espres-

sioni però resultava soltanto che il *protutore* era soggetto alle medesime azioni del tutore, per ciò che concerne il rendimento di conto. Sicchè l'arresto personale poteva aver luogo, secondo i casi determinati dalla legge, per il pagamento del residuo, contra il tutore, il *protutore* ed ogni altro amministratore. Laonde non poteva dirsi veramente liberato il *protutore*, al pari del tutore, dopo il pagamento della somma residuale, se non allorchè questa somma residuale fosse stata fissata sopra un conto reso ed appurato col mezzo di documenti giustificativi, *visis tabulis, et dispunctis rationibus.*

Ma vi era però molta distanza fra questa all'ipoteca legale. Essa non sarebbe stata neppure ammessa contra un erede di età maggiore che si fosse impossessato della successione, a favore de'suoi fratelli e sorelle minori. Essa nè anche sarebbe stata ammessa contra uno de' figli, proprietario in forza di una istituzione o donazione, che accorda ai di lui fratelli e sorelle la sola legittima. Egli allora è proprietario per un titolo particolare, e non per l'unica qualità di tutore o *protutore*. Fra coeredi non vi è azione se non quella di azione di conferimento, e di prelazione. Sicchè l'ipoteca legale è stata sempre negata in questo caso dalla giurisprudenza, e dal parere dei buoni scrittori francesi. Auroux de Pomiers, sull'art. 296 dello Statuto del Borbonese, ove tratta delle obbligazioni degli esecutori testamentarj, dice che, reso il conto, l'esecutore testamentario è tenuto di dare agli eredi gli effetti rimasti; ed egli per siffatto reliquato, può essere astretto coll'arresto personale, giacchè è simile ad un deposito; e soggiunse: « Senza che gli eredi abbiano per il pagamento e restituzione *un'ipoteca tacita sopra i suoi beni*, per la ragione che non vi è alcuna legge che stabilisca questa ipoteca, la carica di esecutore testamentario *non essendo pubblica come quella del tutore, o curatore contabile, la quale si deferisce dalla pubblica autorità.* » Questo scrittore, la cui sola opinione sarebbe stata sufficiente onde stabilire questo principio, si appoggia benanche al sentimento di Ferriere, *Istit. stat.*, lib. 3 tit. 6, *dei testamenti*, art. 105: ed a quello di Bacquet, del diritto di *bastardigia*, cap. 7, num. 11. Ho creduto dover sviluppare questi principj, perchè sono importanti e sussistono nella nuova legislazione, come sussistevano nell'antica.

Dunque non è meraviglia se la Corte di cassazione, con un decreto degli 11 novembre 1811. Denevers 1812, pag. 139, abbia giudicato che i beni proprj di un coerede, che indebitamente si è impossessato dall'eredità non sono tacitamente ipotecati pel fatto solo di questo possesso, in fa-

vore degli altri coeredi e per sicurezza del ricupero dei loro diritti. Io mi contenterò di qui riferire tre motivi essenzialissimi, perchè determinano l'idea su quello che è o non è ipoteca legale. Essi meritano di essere ponderati, abbenchè il decreto sia stato reso per una causa che doveva essere regolata dalla legge di brumaio anno 7. « 1.° Attesochè l'articolo 3 della legge degli 11 brumaio anno 7, determinando i diversi modi coi quali si acquista l'ipoteca, non riconosce se non le ipoteche convenzionali, legali, e giudiciali. 2.° Attesochè l'art. 21 della stessa legge qualifica i diversi fatti ai quali è annesso il privilegio dell'ipoteca legale, e non lo attribuisce che alla nazione contra gli amministratori contabili delle pubbliche rendite, a motivo della loro amministrazione, ai minori, agl'interdetti e agli assenti su i beni dei loro tutori, curatori e amministratori, anche a motivo delle loro gestione; ed infine agli sposi, a ragione delle loro convenzioni e diritti matrimoniali. 3.° Attesochè concedendo la stessa ipoteca legale e tacita ai coeredi di colui che si è incaricato nell'amministrazione di una eredità comune, la Corte di appello di Colmar ha esteso questo privilegio ad un caso non preveduto dalla detta legge, con che ha creata una disposizione legislativa che non esiste ec. . . . ». Questi motivi sono sempre gli stessi, con una sola modificazione, ed è, che questo decreto annovera tra le ipoteche legali anche quella a favore dell'assente. Ora siffatta ipoteca legale, che era stata ammessa dalla legge di brumaio, è sparita sotto l'impero del Codice civile. Questa osservazione fu già da me fatta sul principio della sezione precedente num. 224.

Nella specie di questo decreto vi erano fra i coeredi, che reclamavano l'ipoteca legale, delle donne maritate e dei minori, e di ciò si formava un mezzo per attribuire al diritto di ripetizione di questi eredi il carattere dell'ipoteca legale. È chiaro però che un tal mezzo non aveva alcun fondamento. Le donne maritate ed i minori non hanno ipoteca legale se non nei casi preveduti dalla legge, e solo sopra i beni delle persone alle quali questa ipoteca è espressamente applicata. Fuori di questi casi, i loro crediti son soggetti al diritto comune.

Non vi è ipoteca legale contro i tutori surrogati, nè contra i curatori.

274. Da' principj esposti si cava la conseguenza che, nella nostra attuale legislazione, non evvi ipoteca legale sopra i beni de'tutori surrogati, anche nel caso in cui essi avessero avuta per accidente l'amministrazione di alcuni dei beni appartenenti ai minori Questo avverrebbe nel caso di

una domanda diretta dal tutore contro al suo minore, nella persona del tutore surrogato, per la divisione di una eredità o beni pervenuti al tutore ed al minore, per cui il tutore surrogato avrebbe dovuto, durante il giudizio, amministrare alcuni beni del minore e raccoglierne le rendite. Vi sarebbe un altro esempio, di una tale gestione se si agisse contra il tutore acciò fosse rimosso come sospetto dalla tutela, e se nell' intervallo dalla domanda alla remozione, o pure da questa alla nomina del nuovo tutore, il magistrato avesse affidato al tutore surrogato l'amministrazione di alcuni beni del minore. Conviene guardarsi dal moltiplicare le ipoteche legali contra il voto della legge. Non può dubitarsene dietro il cangiamento di redazione che subì l'art. 2135 del Codice civile, allorchè fu discusso. In primo luogo si era fatta cadere l'ipoteca legale su i fondi del tutore surrogato per il caso in cui, secondo le leggi, diviene risponsabile. Sulle osservazioni del tribunato, che furono adottate, questa ipoteca scomparve. Per brevità rimando ai motivi di questa soppressione che si leggono nelle *Conferenze del Codice civile*, tom. VII., pag. 177.

Lo stesso si dica di ogni specie di curatore, ed anche di quello ad una eredità giacente, della quale avrebbe amministrati i beni, salva l'azione per il rendimento di conto, e non esisterebbe contro di lui che un'ipoteca giudiciale in forza della sentenza di condanna, ch'ei subirebbe, in conseguenza dell'esercizio di questa opinione.

Del caso della protutela *allorchè vi sono dei beni nelle colonie.*

275. Però non si potrebbe dire lo stesso relativamente al *protutore* nominato nel caso che il minore avesse beni nelle colonie, in conseguenza dell'art. 417 del Codice civile. In questo caso si tratta di una vera tutela sotto il' nome di protutela. Il titolo di *protutore* corrisponde a quello di tutore. Nè questo può certamente rivocarsi in dubbio, dicendosi nell'articolo: « E in questo caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati l'uno verso l'altro per la loro rispettiva amministrazione ». Vi sono due amministrazioni: esse son tenute l'una e l'altra sotto il titolo di tutore o di protutore. Il conto da ambedue deve esser reso direttamente al minore. Non poteva il legislatore adoperare l'espressione di *contutore*, essendo le amministrazioni separate, e l'una indipendente dall'altra. Avendo egli detto *protutore* per l'uno, e tutore per l'altro, lo ha detto perchè colui che ha ricevuto il nome di *tutore* è un tutore principale nominato alla persona ed ai beni la cui amministrazione gli è particolarmente deferita. Ma il *protu-*

tore è un vero tutore per ciò che lo riguarda, e non si comprende come i suoi beni non debbano esser sottoposti all'ipoteca legale a contare dal giorno dell'accettazione della protutela. Chi dice in questo caso *protutore*, dice virtualmente *tutore*. Non può paragonarsi un simile protutore a quello che si suole ordinariamente indicare sotto questa denominazione, il quale può trovarsi in istato di essere nominato tutore, o che anche senza di questo amministra i beni dei minori, di sua autorità, e senza che il magistrato gli abbia conferito il titolo e la qualità di *tutore*.

Del tutore sostituito.

276. Vi è nondimeno un caso nel quale la parola di *tutore* non produce ipoteca legale. Intendo parlare del tutore nominato per una sostituzione, giusta gli art. 1055 e 1056. Esponendosi una lunga redazione di articoli di legge, era difficile che la parola di tutore non fosse usata con differenti significati, e sotto il rapporto di diverse funzioni alle quali non potevano attribuirsi le medesime obbligazioni. Il tutore in una sostituzione, secondo tutte le disposizioni degli articoli che vi si riferiscono, non è altro che una persona incaricata d' invigilare perchè la sostituzione sia eseguita: esso non contrae che una responsabilità personale. Ecco quello che si dice letteralmente nell'art. 1073, il che esclude ogni idea d' ipoteca legale.

Il figlio minore ha egli un'ipoteca legale contra suo padre, il quale amministra i suoi beni durante il matrimonio?

277. In virtù della massima, che non si può ammettere altra ipoteca legale fuorchè quelle alle quali la legge attribuisce questo carattere, altrimenti se ne creerebbero a proprio talento (il che sarebbe una violazione di legge ed un abuso di potere), si potrebbe dire che il figlio minore i cui beni personali sono amministrati dal padre, non dee avere ipoteca legale sopra i beni di questo per la semplice amministrazione tenutane durante il matrimonio. Siffatta questione merita di essere discussa.

Nell'art. 389 del Codice sta detto: « Il padre è *durante il matrimonio, l'amministratore* dei beni e proprietà dei suoi figli minori. Egli è il contabile, quanto alla proprietà e alle rendite, dei beni di cui non ha il godimento; e in quanto alla proprietà solamente di quei beni che la legge gli dà l'usufrutto. » Osserviamo che qui non si tratta di una tutela, ma di una semplice amministrazione accordata al padre, *durante il suo matrimonio*.

Nel articolo 390 si parla della tutela deferita al padre, ed ecco un nuovo ordine di cose, al quale possono applicarsi regole differenti. « *Sciolto il matrimonio*, ivi è detto, per la morte naturale o civile di uno de'coniugi, la tutela dei figli minori e non emancipati spetta di diritto alla madre, o al padre superstite ». Sicchè *durante il matrimonio* vi è una sola amministrazione; e sciolto il matrimonio vi è *tutela*. Ciò che caratterizza essenzialmente la *tutela* è la obbligazione di doversi anche procedere alla nomina di un tutore surrogato. Questo resulta dall'art. 421. « Quando le funzioni di tutore saranno devolute ad una persona che abbia alcuna delle qualità espresse nelle sezioni 1, 2 e 3, del presente capitolo (che parlano del padre, della madre, e degli altri ascendenti), questo tutore prima di entrare in funzione dovrà far convocare un consiglio di famiglia composto nelle forme prescritte nella sezione 4, acciocchè passi alla nomina di un *tutor surrogato* ». Non essendovi dunque tutore surrogato, se non nel caso della *tutela*, non deve esservene nel caso della semplice *amministrazione* enunciata nell'art. 389; e se in questo caso non vi è tutore surrogato, può dirsi che non vi sia nè *tutela* nè qualità di *tutore* impressa nel padre, nè per conseguenza ipoteca legale sopra i suoi beni; poichè questa ipoteca non è accordata, giusta gli art. 2121 e 2135, ai minori ed agl'interdetti se non sopra i beni dei loro *tutori*. Solamente allorchè il padre è nominato *tutore*, dopo sciolto il matrimonio, vi è relativamente a lui un'ipoteca legale: questa ipoteca non può coesistere che colla qualità di *tutore*: essa non può unirsi al titolo di *amministratore*.

Si potrebbe altresì soggiugnere che essendo vero, che il figlio minore goda d'un'ipoteca legale nel caso in controversia, per ripetere dal padre le somme capitali da lui riscosse, ne risulterebbe una impossibilità, rispetto agli acquirenti del padre, di poter purgare questa ipoteca; che una tale purgazione d'ipoteca, giusta gli articoli 2194 e 2195, e l'avviso del Consiglio di Stato del 1 giugno 1807, è annessa alla notificazione in essi annunziata, da farsi al *tutor surrogato*. Siffatta notificazione, essendo impossibile nel caso in questione bisognerebbe ammettere una specie particolare d'ipoteca incapace di essere purgata; il che, sotto questo rapporto, renderebbe impotente una legislazione il cui unico scopo si è di ottenere non solo con sicurezza delle ipoteche, ma benanche di staccarle dai fondi che vi sono soggetti, col mezzo legale della purgazione, e di convertirle in azione sul prezzo. Ora, potrebbe sempre dirsi, una tale idea non saprebbe essere ammessa.

Non ostante la forza di queste obbiezioni che io ho fatte a me stesso,

almeno in gran parte, per poter entrare più particolarmente nell'esame della questione, non posso dissimulare di essere rimasto scosso dai motivi d'una decisione della Corte reale di Tolosa, de'23 dicembre 1818 (Denevers, anno 1819, pag. 29, sup.). Questa decisione ha ammessa l'ipoteca legale in favore di un figlio minore, sui beni di suo padre, per una somma di 3,000 fr. donati a questo figlio da un parente, vivente la madre, e che il padre aveva riscossa. Questa Corte non ha obbliata la differenza tra la semplice *amministrazione* e la *tutela*: ma per ragioni morali esposte nella decisione, ha creduto che dovevasi paragonare un caso coll'altro, e dovevasi presumere che in questi due casi il legislatore avesse voluto dare le medesime garanzie agl'interessi del figlio minore.

Relativamente ai mezzi dedotti dalla circostanza di non esservi tutore surrogato, e che la purgazione delle ipoteche, nell'interesse del compratore, diveniva allora impossibile, può avvenire che un tal mezzo su cui la decisione non contiene risposta, sia specioso anzi che solido: L'avviso del Consiglio di Stato, del 1 giugno 1807 contenente la vera interpetrazione degli articoli 2194 e 2195 del Codice civile, e che d'altronde ne regola la esecuzione, suppone che il tutor surrogato non sia conosciuto dal compratore, ed allora esso dichiara che l'intimazione prescritta sia regolare, quantunque fatta solamente al procuratore del Re. Ora da ciò si può desumere la conseguenza, che quando non vi può essere un tutore surrogato, come accade nel caso in disputa, basta l'intimazione fatta al procuratore del Re. In breve, può dirsi esservi nel caso particolare una vera *tutela* sotto il nome di *amministrazione* accordata al padre per effetto della patria potestà. Una simile tutela esiste per la restituzione dei capitali e delle rendite dei beni donati al figlio, a condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Del caso dove una donna emancipata col matrimonio diviene vedova avanti quindici anni, e dove suo padre gode, durante la sua vedovanza, di tutti i suoi beni.

278. Dopo essermi già spiegato su questa questione nei termini coi quali mi sono espresso, ho rimarcato un decreto profferito dalla Corte di cassazione de'21 febbraio 1821. (Denevers, anno 1821, pag. 177; Sirey, *id.* pag. 188.) Esso è relativo alla stessa materia, e parrebbe esser contrario alla soluzione già data, che è conforme alla decisione della Corte reale di Tolosa: ma è chiaro che la specie e le circostanze sono del tutto differenti.

Tale diversità portar dovea un cangiamento di opinione, poichè essa presentava il caso di una eccezione; e resulta dalla decisione la conferma della opinione a cui ho creduto dovermi determinare. La controversia sulla quale il decreto della Corte di cassazione è stato emanato, offre novità e importanza.

Una giovanetta maritatasi di quattordici anni, sotto la patria potestà, e dopo avere ottenuta la dispensa dal governo, indispensabile per la di lei età, rimase vedova dell'età di quattordici anni e due mesi, e ritornò in casa di suo padre. Questi, nel contratto matrimoniale aveva costituito in dote a sua figlia 10,000 fr. pagabili tra sei mesi. Il pagamento non ebbe luogo. Seguita la vedovanza di sua figlia egli si ritenne questa somma, e riscosse ancora altre somme che a lei spettavano dalla eredità di suo marito. Gli affari del padre soffrirono un rovescio. Vi fu separazione di beni per parte della moglie, vendita dei suoi beni, ed apertura di graduatoria sul prezzo.

La figlia che era passata a seconde nozze, reclamò, unitamente al suo secondo marito, pei 10,000 fr. a lei dovuti, l'ipoteca legale che la legge accorda ai minori sopra i beni dei loro tutori. Ella pretendeva che costituita appena presso di suo padre, dopo morto il suo primo marito, era stata per fatto e per diritto rimessa nella patria potestà, e nello stato di tutela, non avendo ancora l'età per essere emancipata. La madre che aveva interesse a impugnar la legalità di questa ipoteca, vi si oppose con tutti i mezzi legali.

Non riferirò i mezzi tutti che han dato materia ad una discussione vivissima, riferita con precisione e con esattezza da Denevers. Mi limiterò a dire che il tribunale civile di Valenza era stato di parere che la figlia (signora Duvernet) essendo stata emancipata per il matrimonio, non aveva potuto ricadere sotto la patria potestà, nè acquistare un'ipoteca legale sopra i beni del padre. Però la Corte reale di Grenoble annullò questa sentenza. I motivi principali della decisione furono che la signora Duvernet, maritata in prime nozze col sig. Aymard, aveva soli quattordici anni e due mesi allorchè restò vedova, e tornò nella casa paterna: che se nell'art. 476 del Codice civile si dispone che il minore è *ipso jure* emancipato col matrimonio, dall'art. 477 resulta che il minore non potrà essere emancipato che compiuta l'età di quindici anni; che l'art. 485 prescrive di potersi togliere al minore il beneficio della emancipazione, e l'art. 486 che nel caso di rivocata emancipazione il minore rientrerà sotto tutela. Da questo confronto della emancipazione per effetto di ma-

trimonio colla emancipazione fatta dal padre, dalla madre, o dal consiglio di famiglia, la Corte di Grenoble cavò la conseguenza che la signora Duvernet, dal momento in cui restò vedova divenne veramente minore, relativamente al padre, come ogni altro figlio impubere che fosse stato sotto tutela fino alla sua emancipazione.

La Corte di Grenobbe si appoggiò sul motivo che in conformità di alcune disposizioni del diritto romano, l'impubere emancipato restava sotto la tutela legittima o legale di suo padre. Sì fatto motivo avrebbe aperto il varco alla questione se il Codice civile fortunatamente non contenesse principj opposti. Gli altri motivi che si leggono nella decisione si riducono a mere considerazioni. Uopo è nondimeno eccettuarne uno che debbo far osservare. Esso consisteva nel dire che giusta le romane leggi colui il quale amministra come tutore, è soggetto ai medesimi pesi ed obbligazioni del tutore legittimo o legale, quando anche nol fosse stato. Da tutti gli enunciati motivi la Corte reale di Grenoble trasse conclusione, che dopo l'amministrazione tenuta dal padre dei beni della signora Duvernet, questa dovea avere sui beni di esso un'ipoteca legale indipendentemente da qualunque inscrizione per la somma di 10,000 fr. che era la dote promessa e non pagata dal padre, e di cui aveva goduto come amministratore, che vale lo stesso come tutore.

Sì fatta decisione fu cassata. Trascrivere il decreto della Corte di cassazione è lo stesso che presentare in succinto ed in sostanza i veri principj sulla materia. « Considerando che a termini dell'art. 476 del Codice civile il minore è emancipato di pieno diritto col matrimonio; che questo articolo, il solo che parli della emancipazione per effetto del matrimonio, la conferisce *senza condizione*, *termine o riserva*, e per conseguenza in una *maniera assoluta ed irrevocabile*; che perciò essa si acquista dal minore che si marita sia che abbia l'età stabilita dalla legge per formar questo legame, *sia che*, *essendo più giovane*, *lo contragga colla permissione del governo*, e che si acquista da lui non solo durante tutto il tempo del matrimonio, ma dopo lo scioglimento altresì dello stesso, quantunque sia tuttavia minore; dal che resulta che col giudicare che la signora de Serre (moglie Duvernet) aveva cessato di essere emancipata divenendo vedova, e che ella era allora rientrata di pieno diritto sotto la tutela del padre, la decisione impugnata ha violato l'art. 476 del Codice civile, Considerando che gli art. 477, 485 e 486, citati dalla decisione per istabilire che l'emancipazione non può essere accordata prima dei quindici anni, e forse in certi casi rivocata, non sono applicabili alla

causa, *poichè non statuiscono che nell'emancipazione deferita dal padre, dalla madre, o dal consiglio di famiglia* e non di quella effettuatasi di pieno diritto col matrimonio ».

Ma un ultimo motivo del decreto merita una particolare attenzione. Esso risponde al motivo della Corte reale di Grenoble col quale sussidiariamente si diceva che colui il quale aveva amministrato come tutore i beni del minore, abbenchè non fosse stato realmente nominato tutore, era nondimeno soggetto a tutti i pesi ed obbligazioni del tutore legittimo o legale. Secondo un tal motivo la Corte reale di Grenoble stabiliva come principio che l'ipoteca legale colpiva quello che altre volte era chiamato *protutore* per essersi immischiato nell'amministrazione dei beni del minore, come lo stesso tutore nominato giudicialmente. Ecco come si spiega a questo proposito la Corte di Cassazione: « Considerando che se De Serre padre ha amministrata le proprietà di sua figlia, dee certamente rispondere della sua amministrazione: ma non se ne può concludere che i suoi beni restino gravati, in pregiudizio de'suoi creditori, di una *ipoteca legale che la legge accorda soltanto ai minori legalmente costituiti sotto tutela* ». Quest'ultima dispositiva conferma ciò che a questo proposito io dissi nel numero 273, prima che avessi avuta conoscenza del nuovo decreto della Corte di cassazione. Si vede molto bene il grave inconveniente che vi sarebbe stato introducendo delle ipoteche legali differenti da quelle ammesse dalla legge.

Si vede ancora che il decreto conferma ciò che è detto nel n.° precedente, della stessa maniera, che l'eccezione conferma la regola. Se non vi fosse stato l'emancipazione col matrimonio della signora Duvernet, o se questa emancipazione avesse potuto esser rivocata, ci sarebbe stata un ipoteca legale come nella specie annunciata nel n.° precedente.

Decisione recente che giudicò la questione trattata al n.° 277.

279. Dopo avere in tal modo trattata la questione ed essendo già quest'opera sotto a' torchi, il continuatore di Denevers all'anno 1822 pag. 62 ha fatto conoscere un decreto della Corte di cassazione, de' 23 dicembre 1821, che io stimo della massima importanza. Tale decreto ha giudicata la questione in massima, se i minori hanno un'ipoteca legale sopra i beni del loro padre, durante il matrimonio, per la sicurezza dell'amministrazione dei loro beni personali; e la Corte si è decisa per la negativa giudicando la controversia in un modo differente da quello che erasi fatto

colla decisione della Corte reale di Tolosa de' 23 dicembre 1818, citata nel numero 277, e di cui aveva io quasi adottata la decisione, facendo però conoscere tutti i dubbj che ne resultavano. Mi è sembrato dover lasciar sussistere il mio lavoro con tanta più ragione, che avevo bilanciato i mezzi che si poteva opporre in favore, e in contrario.

Il decreto della Corte di cassazione essendo stato emesso in conseguenza di una deliberazione nella camera del consiglio dopo tutte le questioni elevatesi intorno alla maniera d'interpetrar la legge, e dopo una vivissima discussione che si rinviene nella raccolta, dee fissare le idee e dileguare qualunque incertezza. Sicchè la decisione de' 21 febbraio 1821 che ho fatto menzione nel numero precedente, riguardandosi come una eccezione alla regola stabilita nel numero 277 e atta a confermare siffatta regola, resterà come se avesse giudicato in massima la sola questione che allora offrivasi, senza che possa veruna influenza esercitar sul decreto della Corte di cassazione de' 23 dicembre 1821, relativamente all'oggetto di cui ragioniamo.

Per brevità, non riferirò nè i fatti che diedero luogo al decreto de' 23 dicembre 1821, nè la discussione che l'ha preparato, poichè si possono riscontrare nella Raccolta. Mi limiterò a riferire i motivi del decreto, che possono d'altronde servire a far conoscere i fatti ed i mezzi opposti dall'una e dall'altra parte. « Attesochè il creare un'ipoteca, indipendente da qualsivoglia inscrizione, è una misura speciale che non può estendersi al di là dei casi pe' quali questa specie d'ipoteca è stata stabilita; — Che, secondo gli articoli 2121 e 2135 del Codice civile, è sopra i beni dei loro tutori, dal giorno dell'accettazione della tutela, che i minori hanno un'ipoteca indipendente da qualsivoglia inscrizione; — Che il padre il quale, a norma dell'art. 389 del Codice civile medesimo, è durante il matrimonio, l'amministratore dei beni personali de'suoi figli minori, e non già il tutore di essi; — Che l'art. 390 prescrive che la tutela non ha luogo se non dopo lo scioglimento del matrimonio, e che allora spetta di diritto al padre o madre superstite; — Che l'art. 389 vuole che il padre debba render conto della proprietà e rendite dei beni di cui non ha l'usufrutto, e della sola proprietà de' beni di cui la legge gli accorda l'usufrutto: ma che il padre non essendo tutore, la legge non ha voluto che l'azione personale, la quale deriva da questa amministrazione contro del padre amministratore, e che certamente per la sua fiducia nel carattere di padre gli è sembrata sufficiente, producesse l'ipoteca legale che ha luogo soltanto sopra i beni del tutore; — Che del rimanente la legge,

creando le ipoteche legali ha nel tempo stesso stabiliti i mezzi di purgarle, e che per questo effetto ha prescritta in ogni tutela la nomina di un tutore surrogato, al quale deve farsi la intimazione ordinata dall'art. 2194; — Che quando il padre è l'amministratore, non vi è tutore surrogato; il che dimostra sempre più che la legge non ha voluto che l'ipoteca legale si estendesse sopra i beni del padre amministratore; — Dal che risulta che decidendo non aver i figli minori ipoteca legale su i beni del loro padre il quale, durante il matrimonio, è l'amministratore de'loro beni personali, la Corte reale di Douai, anzichè violare gli art. 2121 e 2135 del Codice civile, si è invece conformata alle loro disposizioni; — Per così fatti motivi, rigetta ».

Dell'ipoteca legale dei minori nel caso che la loro madre passi a seconde nozze.

280. Allorchè la madre tutrice passa a seconde nozze nasce l'importantissima questione sul caso in cui vi sieno o nò dell'ipoteche legali specialmente rispetto al secondo marito. Per giungere alle giuste decisioni conviene prima di tutto ben penetrare le disposizioni degli articoli 395 e 396 del Codice civile.

L'art. 384 del Codice dispone che la madre sopravvivente avrà l'usufrutto dei beni del figlio sino a che costui non giunga all'età di anni diciotto, e sino alla emancipazione che potesse aver luogo prima di questa età. L'art. 386 dice che questo usufrutto, cesserà per la madre che passasse a seconde nozze. Quantunque però la madre abbia avuto questo usufrutto, ella non ha potuto esser nominata tutrice, poichè la tutela è principalmente data alla persona; che come tutrice ella è tenuta a fare inventario dei beni del marito; e che finalmente vi poteva essere delle donazioni ai figli colla condizione che la madre non godesse dell'usufrutto dei beni donati.

Nel caso di un secondo matrimonio, nell'art. 395 sta detto che prima del matrimonio la madre dee convocare il consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata; che in mancanza di questa convocazione, essa perderà di pieno diritto la tutela, ed il suo nuovo marito sarà solidalmente responsabile di tutte le conseguenze della tutela che essa avrà *indebitamente conservata*. L'art. 396 dispone che quando il consiglio di famiglia legalmente convocato conserverà la tutela alla madre, egli gli darà necessariamente per *contutore* il secondo marito il

quale diverrà solidalmente responsabile, unitamente alla moglie, dell'amministrazione posteriore al matrimonio.

Per penetrare tutto il senso di questi due articoli bisogna determinare prima di tutto le obbligazioni che si formano contro al secondo marito, giusta i casi indicati, e le ipoteche legali che possono esserne la conseguenza.

Se la madre si trova nelle circostanze prevedute dall'art. 395 la disposizione di questo articolo che le fa perdere di pieno diritto la tutela, non può dar luogo a veruna difficoltà. Ma su qual principio è appoggiata la responsabilità solidale colla madre, che la legge allora pronunzia contro al secondo marito? Ecco ove necessario si rende qualche attenzione. Deve comprendersi in questa responsabilità il risultato della tutela tenuta dalla madre prima del matrimonio, come pure il resultato dell'amministrazione dopo del matrimonio? Io sono di sentimento che si debba decidere essere responsabile tanto dell'amministrazione anteriore quanto di quella posteriore al matrimonio.

Dietro la discussione che ebbe luogo nel tribunato sulla relazione di questo art. 395, e le cui osservazioni furono dirette al Consiglio di Stato, non può più dubitarsene (1). L'art. 395 era stato così redatto, quando fu comunicato al tribunato: « In mancanza di questa convocazione ella (cioè la madre) perderà la tutela di pieno diritto, e il suo nuovo marito sarà solidalmente responsabile della *indebita amministrazione che avrà avuto luogo dopo il nuovo matrimonio* ».

Il Tribunato osservò che da una tale redazione se ne potrebbe dedurre che il secondo marito sarebbe solamente responsabile della indebita amministrazione tenuta dopo il nuovo matrimonio, e che non sarebbe *in mancanza di amministrazione*; mentre doveva essere nello spirito della legge che il secondo marito fosse responsabile così dell'una come dell'altra. Il tribunato quindi propose doversi dire. « Il suo nuovo marito sarà solidalmente tenuto unitamente alla moglie dopo il nuovo matrimonio ». Questa osservazione abbenchè fosse stata presa in considerazione nel Consiglio di Stato, nondimeno produsse una nuova redazione dell'art. 395, del tutto differente da quella che primieramente si era comunicata al tribunato. Vi si disse: » Ed il suo nuovo marito sarà solidalmente responsabile di *tutte le conseguenze della tutela che essa avrà indebitamente conservata* ». Da queste

(1) Veggasi la conferenza del Codice civile colla discussione particolare del Consiglio di Stato e del Tribunato; tom. 3, pag. 35 e seg.

ultime espressioni non altro può risultarne se non che il marito sia stato dichiarato solidalmente risponsabile, tanto dell' amministrazione anteriore quanto di quella posteriore al nuovo matrimonio. Con queste parole, *tutte le conseguenze della tutela*, si deve intendere qualunque risultato che risale all' epoca in cui ha cominciata. Questo ragionamento può fondarsi sulla differenza che osservasi tra queste espressioni e quelle dell' art. 396 » diverrà solidalmente responsabile, unitamente alla moglie *dell' amministrazione posteriore al matrimonio* ». Qui vi è una limitazione a ciò che siegue il matrimonio, che è impossibile di rinvenire nei termini dell' art. 395. D'altronde sì fatta responsabilità solidale, tanto per l' amministrazione antecedente quanto per la susseguente, è stata una pena giustamente inflitta al nuovo marito a motivo della sua negligenza nel non aver fatto nominare un tutore, e fare un nuovo inventario: essa è stata una conseguenza della presunzione che il marito si impossessi fraudolentemente di tutti i beni della moglie, ed anche di quelli che hanno potuto derivare dalla proprietà dei figli minori: ed egli doveva esserne responsabile essendo tutto questo o di proprietà dei figli, o pegno della loro sicurezza.

Ma nel caso di questo stesso art. 395 evvi o nò un' ipoteca legale sopra i beni del marito, per la responsabilità solidale che vi è pronunziata contra di lui? Si ravvisa assai bene che una tale ipoteca esiste sopra i beni della moglie, dopo le seconde nozze, come vi esisteva prima. E primieramente è detto nell'articolo, che la madre *perde la tutela di pieno diritto*, ma questa perdita è quella del titolo onorifico di tutrice, e della fiducia che vi è annessa. Ella non può agire nei tribunali colla qualità di tutrice, ma rimane sempre in testa della madre una *tutela*, dappoichè sta detto nel medesimo articolo che il nuovo marito sarà solidalmente responsabile di tutte le conseguenze della tutela *indebitamente conservata*. La tutela per essere *indebitamente conservata* non è meno una tutela, e non si può concepire come una tutela la quale si continua o si *conserva*, cessi di avere il carattere dell' ipoteca legale colla quale è principiata.

Ma rispetto al marito, la difficoltà è più grave. Potrebbe dirsi che la responsabilità solidale pronunziata contro di lui non ha il carattere di una vera tutela, e non porta seco la legalità dell' ipoteca. A questo riguardo rammentar si potrebbe il principio stabilito nei numeri 273 e 279, cioè che non bisogna riconoscere altre ipoteche legali all' infuori di quelle stabilite dalla legge; non potendosene creare delle altre. Nondimeno io sono di avviso che tanto dallo spirito che dalla lettera dell' art. 395 emerge che i beni del marito debbono essere soggetti ad una ipoteca legale a

favore dei figli del primo marito, a contar dal giorno del secondo matrimonio per tutto ciò che entrerà nel rendimento di conto della tutela, sia per il tempo anteriore, sia per quello posteriore al secondo matrimonio. Il nuovo marito non ha potuto essere dichiarato *solidalmente* responsabile di *tutte le conseguenze della tutela*, quantunque indebitamente conservata, senza che la legge abbia avuto in mira di applicargli le stesse obbligazioni che già esistevano contra la moglie, e collo stesso carattere. La legge non ha applicato espressamente al nuovo marito la qualità di contutore, poichè si trattava di una tutela *indebitamente conservata*: ciò era per il caso di un genere particolare di tutela. Ma vi è sempre una *tutela* alla quale il marito è associato col titolo di *responsabile solidalmente.* Senza questa ipoteca legale i figli minori potrebbero perdere tutti i loro capitali mobili e l'ammontare delle loro rendite. Siffatta perdita si opererebbe con molta facilità mercè delle obbligazioni che il marito potrebbe contrarre, e spesso fraudolentemente, coi terzi. Il matrimonio del debitore con una vedova, l'esistenza dei figli del primo letto, l'usufrutto de'loro beni per parte di questo debitore, sono altrettanti avvertimenti che impegnar devono i terzi ad informarsi se vi è stato o nò una nuova tutela. In Francia si è sempre avuto per massima: *chi sposa la vedova, sposa la tutela.*

D'altronde, contradittorio non sarebbe che, dovendo il marito, nel caso dell'art. 395, imputare a se stesso di non aver fatto nominare un tutore, non vi fosse ipoteca legale sopra i suoi beni, per l'amminstrazione posteriore al matrimonio, laddove, nel caso dell'art. 396, questa ipoteca legale esisterebbe per questa gestione, sebbene il marito, prima del suo matrimonio, avesse adempito al voto della legge. Vi si dice infatti, che il nuovo marito divenuto *contutore* diverrà solidalmente responsabile, unitamente alla moglie, dell'*amministrazione posteriore al matrimonio.* Finalmente la leg. 2, al Codice *quando mulier tut. off.*, e la legge 6, parimente al Codice *in quib. caus. pign.*, nel caso in questione ammettevano l'ipoteca legale sopra i beni del secondo marito; ciò che Dionisio Goffredo sviluppa assai bene nelle sue Note intorno a queste leggi. Non vi è ragione per adottare attualmente un'altra decisione. L'esistenza di questa ipoteca legale che è nello spirito della nostra legislazione, è fondata sopra massime inalterabili di giustizia e di equità.

Per determinare il resultato dell'art. 396 qualche cosa convien che si dica. Questo resultato si riduce a termini semplicissimi. L'ipoteca legale che è cominciata con la tutela sopra i beni della moglie, si continua su questi medesimi beni dietro il nuovo matrimonio: ciò è abbastanza

chiaro. Rispetto ai beni del marito, l'ipoteca legale sopra i suoi beni personali comincia a decorrere solo dal giorno del suo matrimonio, ma con questa gran differenza, che essa non ha luogo solidalmente con quella della moglie, se non per l'amministrazione posteriore al matrimonio; mentre che, nel caso dell'art. 395, l'ipoteca legale, sempre colla stessa solidalità, ha luogo su i beni del suo nuovo marito, a contare dal matrimonio, non solo per l'amministrazione posteriore al matrimonio, ma altresì per quella anteriore che ha riguardato personalmente la moglie.

Debbo far osservare che l'art. 396 pare esser limitato a un secondo marito: ma egli è ben manifesto che se la moglie passa a terze o a quarte nozze, come ve ne sono degli esempj, la disposizione di questo articolo si applicherebbe a questi nuovi mariti, val dire, che ciascuno di essi sarebbe tenuto solo dell'amministrazione posteriore al suo matrimonio: è questa sola amministrazione che formerebbe l'oggetto delle contutele. Questi nuovi mariti non sarebbero responsabili nè dell'amministrazione dei precedenti, ne dell'amministrazione che avrebbe avuto luogo durante la vedovanza che preceduto avrebbe ciascun matrimonio. Altre volte tal responsabilità era ciò non ostante ammessa, secondo la giurisprudenza di qualche tribunale: essa era insegnata da molti scrittori, ma non potrebbe questo resultare dalla legge attuale, e non bisogna allontanarsene dalla medesima specialmente trattandosi di disposizioni penali. Non rimarrebbe che il modo di esercitare delle azioni che militano in favore dei creditori delle mogli contra i loro mariti. Il principale è il diritto di chiedere che questi additino i beni delle loro mogli, o pure che sieno condannati personalmente.

La tutela officiosa in caso di adozione dà ella luogo alla ipoteca legale?

281. Può domandarsi se l'ipoteca legale debba aver luogo su i beni di colui che, in caso di adozione, diviene tutore officioso, ove la tutela officiosa non fosse seguita dall'adozione. Io credo che si debba decidere per l'affermativa.

Nell'art. 364 si dice: « Questa *tutela* non avrà luogo se non in favore de' figli che hanno meno di quindici anni. Essa porta seco, senza pregiudizio di ogni particolare convenzione, l'obbligo di alimentare il *pupillo*, di educarlo, e di metterlo nel caso di procacciarsi la sussistenza ». Nell'art. 365 si legge: « Se il pupillo ha qualche bene, e se anteriormente era sotto tutela, l'amministrazione dei suoi beni, e *quella della sua persona*, pas-

serà al tutore officioso, che non potrà nonostante imputare le spese di educazione *sulle rendite del pupillo* ». Finalmente l'art. 370 è così concepito: « Il tutore officioso che avesse avuta l'amministrazione di qualche bene *pupillare*, dovrà in tutti i casi *renderne conto* ». È impossibile di non vedere in questi articoli tutti i caratteri di una vera tutela. Nel rimanente delle nostra legislazione si vede che essa è deferita coll'autorità del giudice. Le circostanze e lo scopo della tutela officiosa conducono a delle indicazioni particolari, ma le obbligazioni e responsabilità comuni a tutti i tutori rimangono. Nondimeno si vede che non vi sarebbe ipoteca legale, per le indennità dovute in caso di rifiuto di adottare, secondo l'artitolo 359.

Degli oggetti per i quali il minore ha l'ipoteca legale. Del credito dovuto dal tutore al minore.

282. Il minore non altrimenti che l'interdetto, ha l'ipoteca legale su i beni del suo tutore, per l'amministrazione, e per quello che può entrare nel reliquato del conto, relativamente a' debiti dovuti dal tutore. Un decreto della Corte di cassazione, de'12 marzo 1811, riportato da Denevers lo stesso anno, pag. 228, l'ha così giudicato per una somma di cui un padre si era conosciuto debitore verso i suoi figli minori, durante la tutela, per parte ad essi spettata nella comunione esistita tra lui e la loro madre. Lo stesso dir si dovrebbe per una somma dovuta dal tutore ai suoi minori, prima della tutela. Se la somma fosse stata dovuta da qualunque altra persona diversa dal tutore, ne sarebbe stato responsabile, e colla garanzia dell'ipoteca legale. Ora, essendo egli medesimo debitore, non potendo agire contro se stesso, ritenendosi le somma, e non potendo farlo perchè egli è tutore, e in questa qualità, deve esser messo nella circostanza medesima di colui che avesse ricevuta la somma da un terzo debitore, per conto del minore.

Non è da revocarsi in dubbio che un creditore del tutore il cui credito fosse anteriore all'ipoteca legale dei minori, debba essere preferito a questi. Affinchè però una tal differenza abbia luogo, bisognerebbe che questo creditore avesse presa la sua iscrizione prima dell'epoca dell'ipoteca legale. Mentre se non vi fosse stata presa iscrizione prima, l'ipoteca legale dei minori avrebbe l'anteriorità, anche nel caso in cui non si fosse presa iscrizione in nome dei minori, sotto l'impero della legge di brumaio anno 7, la quale prescriveva la iscrizione per le ipoteche legali. Affinchè i minori non potessero in questo reclamare l'anteriorità del-

l'ipoteca in questo caso, bisognerebbe che il creditore del tutore avesse presa egli stesso una iscrizione sopra i suoi beni, sotto l'impero della stessa legge.

Non vi è ipoteca legale per il minore divenuto maggiore, o morto avanti il Codice civile.

283. L'ipoteca legale esente dalla iscrizione ha dovuto rivivere, giusta l'art. 2135 del Codice civile, in favore di quello che al tempo della promulgazione del Codice civile era minore, e ha dovuto risalire fino alla tutela. Ma egli è egualmente certo che questa ipoteca non è mai esistita in favore di colui che al tempo, dell'indicata pubblicazione, era giunto alla sua maggiorità. Da quel momento egli è stato sottoposto alla formalità della iscrizione per la conservazione del suo credito contra l'antico tutore. Ecco quello che è stato giudicato anche nel caso in cui il conto non ancora fosse stato reso, circostanza di cui formossene un motivo, per un decreto della Corte di cassazione, de' 14 febbraio 1816, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 244.

La necessità della iscrizione era stata stabilita, dalla legge di brumaio anno 7, contra i minori. Il Codice civile ha fatta rivivere l'ipoteca legale senza iscrizione: ma nel decreto si dice che ciò è stato in favore di coloro che erano ancor minori nel momento della pubblicazione del Codice civile, e che non erano stati colpiti dalle disposizioni della legge di brumaio, che li astringeva a prendere iscrizione per la conservazione delle loro ipoteche. Gli stessi principj sono stati seguiti da una decisione della Corte reale di Colmar, de' 22 marzo 1816. Denervers, anno 1817, pag. 34 al sup. Dal che è resultato che il favore della legalità, colla esenzione della iscrizione, è risalito fino alla data della origine dell'ipoteca.

È per lo stesso motivo che altre decisioni hanno giudicato la necessità della iscrizione stabilita dalla legge di brumaio, rispetto alle donne maritate, non essere stata abolita dal Codice civile, se non in favore delle donne maritate all'epoca della promulgazione di questo Codice. Su di ciò io mi sono spiegato allorchè trattai delle ipoteche legali delle mogli. Si vede che ciò che è stato detto deve aver luogo, e per gli stessi motivi, nel caso di morte del minore prima della promulgazione del Codice civile. Il favore accordato dall'art. 2135 ha riguardato quelli che all'epoca della promulgazione della legge erano minori, la quale epoca è stata straniera ai loro eredi.

Dell' ipoteca, in Francia, per delle tutele fatte in paese straniero.

284. Le tutele non possono esser capaci se non di un' ipoteca legale, poichè le obbligazioni che ne resultano non possono essere l' effetto di una convenzione, nè di una condanna giudiciale. Questa condanna non potrebbe aver luogo che per il rendimanto di conto, e per il pagamento del reliquato. Sicchè, per la sicurezza dei minori è stata necessaria una ipoteca legale che risalisse al principio dell' amministrazione, cioè a dire, all' accettazione della tutela. Se però una tutela è fatta fuori della Francia, coll' autorità di una magistratura straniera, sorge allora la questione di sapere se questa tutela ha potuto imprimere un' ipoteca legale sugli immobili del tutore situati sul territorio francese. Questa questione si trova agitata nel Repertorio di giurisprudenza alla voce *Ipoteca*, sez. 1, §. 5, num. 11, come anche il caso del matrimonio contratto in paese straniero, num. 12. Nel citato articolo vi si leggono alcune discussioni in conformità delle antiche massime: tali discussioni avevano preparate diversi decreti: ma questi decreti medesimi offrivano delle difficoltà; le decisioni sembravano incerte. Questo dipende dall' essersi forse creduto che gli atti di cui si trattava non erano stati fatti in paesi che si potessero precisamente riguardare come stranieri alla Francia, o che almeno l'ipoteca poteva essere reclamata sopra immobili situati in Francia, per effetto di trattati o di leggi politiche tra nazione e nazione.

Parmi che la controversia si possa decidere in una maniera molto semplice, con una distinzione che ho già fatta parlando dell' ipoteca legale di una moglie il cui contratto di matrimonio fosse stato stipulato in paese straniero. Se fosse questione di un minore non solo domiciliato in un paese straniero, ma che fosse realmente straniero, val dire, che non avesse la qualità di Francese, in tal caso sarebbe fuori di dubbio che se il tutore nominato, avesse degl'immobili situati in Francia, e quando anche fosse Francese, la tutela non produrrebbe veruna ipoteca legale sopra i suoi immobili. La ragione ne è che tutte le ipoteche, anche le legali, son fondate sul diritto civile. Or non essendo stabilito un tal diritto se non in favore dei cittadini di ciascuna nazione, quelli che sono di un paese straniero a questa nazione partecipar non possono a questo diritto civile.

Se, all'opposto, il minore fosse un cittadino francese, che si trovasse attualmente fuori di Francia, e che, per circostanze, la tutela fosse stata deferita in paese straniero, in quest'altro caso l'ipoteca legale avrebbe

luogo, in favore del minore, sugl'immobili situati in Francia, appartenenti al tutore, nominato e che fosse cittadino francese. La legge applica le ipoteche legali a dei fatti determinati. L'ipoteca legale, in caso di tutela, è applicata al fatto stesso della tutela. Ora, questo fatto esiste, sia che la tutela fosse stata fatta in paese straniero, sia che fosse fatta in Francia. Bisogna che le forme e le condizioni della tutela relativa a ciascun paese, per la sua validità sieno state osservate. Ciò non è necessario per l'ipoteca, poichè è la legge che la conferisce; ma bisogna che il fatto della tutela divenga autentico, e le sole forme producano questa autenticità. Una cosa è l'autenticità, un'altra cosa è poi l'ipoteca. Vi è anche di più, cioè quando il tutore nominato al minore, fuori della Francia, fosse straniero o proprietario di beni immobili situati in Francia, il minore cittadino francese avrebbe un'ipoteca legale su quest'immobili. L'ipoteca legale è un favore accordato al minore; basta che sia Francese, perchè goda in Francia dei diritti civili Francesi e ciò onde reclamar possa gli effetti di questi diritti accordati ad ogni Francese.

Nondimeno, in questi due casi, val dire, o che il tutore sia Francese, o che sia straniero e possessore di beni in Francia, purchè il minore sia Francese, sarebbe convenevole che una spedizione in forma legale della nomina del tutore venisse depositata ad istanza del tutor surrogato, alla cancelleria del giudice di pace ove la tutela fu deferita, se il minore fosse stato in Francia, giusta la fissazione del suo domicilio che resulterebbe dalla legge. Sarebbe anche opportuno che un tal deposito fosse ordinato dal tribunale di questo domicilio. Io ho già osservato, per il caso di un matrimonio contratto in paese straniero, tra un marito Francese ed una moglie dimorante in questo paese straniero, che doveva ritornare in Francia con suo marito, e che reclamar potrebbe l'effetto dell'ipoteca legale pe'suoi diritti dotali e matrimoniali, esser prudenza che una spedizione dell'atto contenente le convenzioni matrimoniali si fosse depositato presso un notaro del luogo del domicilio del marito. Non si saprebbe dare troppa pubblicità alle ipoteche anche legali, nell'interesse dei terzi. Ma quel che produrrebbe un effetto più certo e più diretto sarebbe quello delle iscrizioni prese dal tutore surrogato sopra i beni del tutore, o straniero, o Francese, situati in Francia. Qui cade a proposito lo stesso motivo di prudenza che, nel caso di un matrimonio contratto in paese estero, fa desiderar delle iscrizioni su i beni del marito situati in Francia. Esse dovrebbero esser prese o dalla moglie o dallo stesso marito.

Delle riduzioni delle ipoteche legali dei minori ed interdetti. Formalità delle iscrizioni che vi sono relative.

285. Relativamente alle riduzioni che far si possono per le ipoteche legali dei minori e degl'interdetti, ed alle formalità delle iscrizioni da prendersi sopra i beni de' tutori, per non ripetere più volte la stessa cosa debbo rimandare a quel che già ho detto. Relativamente alle formalità delle iscrizioni io mi sono spiegato nel §. II. della sezione II, cap. primo num. 84, e, intorno alla maniera della riduzione, nel §. precedente, trattando dell'ipoteca legale delle mogli num. 267 e 270.

SEZIONE III.

DELLE IPOTECHE LEGALI DELLO STATO, DEI COMUNI E STABILIMENTI PUBBLICI, SOPRA I BENI DEI RICEVITORI ED AMMINISTRATORI CONTABILI.

SOMMARIO

286. *Idee generali su questa terza specie d'ipoteca legale.*

287. *Quali sono gli stabilimenti che ne godono. Quali sono le persone di cui i beni ne sono gravati.*

288. *Pericoli dell' estensione che si darebbe all' ipoteche legali relativamente a certi amministratori e contabili.*

289. *I diritti del tesoro pubblico, e di quello della corona si dividono in privilegj ed ipoteche legali.*

290. *L'iscrizione del ricevitore generale d'un dipartimento a danno di un ricevitor d'un circondario è valida, malgrado che l'oggetto non ne sia stato valutato coll' iscrizione.*

291. *Il mallevadore d'un contabile non ha contra di questo veruna ipoteca legale.*

292. *L'ipoteca legale ha ella luogo contra i mallevadori dei contabili, come ha luogo contro di questi?*

293. *Di ciò che tiene luogo di riduzione o restrizione per le ipoteche legali su i contabili.*

Idee generali su questa terza specie d' ipoteca legale.

286. L'ipoteca legale a favore dello stato, dei comuni, e degli stabilimenti pubblici, sui beni dei ricevitori ed amministratori contabili, è stabilita nell'art. 2121. Essa forma la terza specie delle ipoteche legali propriamente dette, come già ho osservato. Questa ipoteca è legale, nel senso ch'è generale, cioè, che essa gravita sopra tutti i beni presenti e futuri, ed esiste senza bisogno di stipulazione o di condanna giudiciale. Nondimeno le forme dell'iscrizioni non sono le stesse. Quello però che pone gran differenza fra questa ipoteca e quella delle mogli, dei minori, e degl'interdetti si è che queste ultime sono esenti dalla iscrizione, almeno per quel che concerne le mogli, per la loro dote e convenzioni matrimoniali, mentre la terza specie di cui si tratta è soggetta alla formalità della iscrizione, e non prende il suo grado se non dal giorno di questa iscrizione. Questo emergeva già dall'art. 2098 del Codice, ove sta disposto che il tesoro pubblico non può esercitare il suo privilegio *in pregiudizio dei diritti anteriormente acquistati dai terzi*. Ma il principio della necessità della iscrizione è consacrato più particolarmente nell'articolo 2134. Esso non ammette altro rango per tutte le ipoteche se non quello fissato dalla iscrizione. L'art. 2135 stabilisce alcune eccezioni a questa regola: ma queste eccezioni sono limitate a delle ipoteche diverse da quelle dello stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici; dimodochè queste non si trovano nell'eccezioni, e rientrano nella regola generale della pubblicità dell'ipoteca. I motivi nella discussione del Consiglio di Stato, sull'art. 2135, si leggono nella *Confer. del Codice civile* tom. 7, pag. 176. Questi sono « che è facile al tesoro pubblico di conservare i suoi diritti con delle iscrizioni prese dagli agenti che esso ha su tutti i punti della Francia: che le perdite, supponendo che ce ne sieno, non potrebbero essere che di poco rilievo; che saranno sempre un male meno grave di quell'odio che circonderebbe il tesoro pubblico, se, per mezzo di privilegj esorbitanti, e che cadono sopra tutti i cittadini, si sottrae all'ordine comune della legislazione ». Si può aggiungere che un numero così grande d'ipoteche legali esenti dalla iscrizione, avrebbe messo, per così dire, in contraddizione con se stessa una legislazione che aveva per base fondamentale la pubblicità delle ipoteche.

Quali sono gli stabilimenti che ne godono. Quali sono le persone di cui i beni ne sono gravati.

287. Per determinare quali sono gli stabilimenti che godono di questa ipoteca, e quali le persone che ne sono gravate, ascoltiamo quello che ne dice il signor Tarrible nel suo articolo del Repert. di giuris. alla voce *Ipoteca*, sez. 2, §. 3, art. 4. Sarebbe difficile di spiegarsi con maggior precisione ed esattezza della sua. « Vi sono, dice egli, nell'amministrazione generale degl'impiegati che realmente maneggiano le rendite pubbliche; ve ne son degli altri che dirigono soltanto l'esazione e l'impiego di queste stesse rendite. I primi sono i soli tenuti a render conto e soggetti all'ipoteca legale; i secondi non sono a un tal peso soggetti.

« La distinzione da noi fatta si appoggia al vero significato della voce *contabile*, e sulla autorità della legge. Ferrieres, nel suo dizionario di diritto e di pratica, indica sotto il nome di contabili, finanzieri o amministratori di affari, quelli che maneggiano le rendite pubbliche o quelle del Re. La legge de'16 settembre 1807, relativa allo stabilimento della Corte de'conti, conferma questa distinzione in un modo anche più preciso.

« L'art. 11, relativo alla competenza, dichiara che le Corte sarà incaricata di esaminare e giudicare i conti del tesoro, dei ricevitori generali delle provincie, delle regìe ed amministrazioni delle contribuzioni indirette, delle spese del tesoro, dei pagatori generali, dei pagatori delle armate, delle divisioni militari, dei circondarj marittimi e delle provincie, dell'amministrazione e spesa dei fondi e rendite, specialmente affette alle spese de' distretti e delle comuni, di cui il Boudget è stato approvato dal capo del governo.

« L'art. 18 della stessa legge dichiara che la Corte non potrà in verun caso attribuirsi giurisdizione sugli ordinatori, negare ai pagatori di ammettere dei pagamenti da essi fatti sopra ordinanze rivestite di formalità prescritte, ed accompagnate da ricevute delle parti e dai documenti che l'ordinatore avrà prescritto di doversi aggiungere.

« Il vero contabile è dunque colui che riscuotendo le rendite pubbliche, o impiegandole, realmente le maneggia, e che è per ciò soggetto alla giurisdizione del tribunale stabilito per giudicare dei conti.

« Quegli che dirige la riscossione o l'impiego chiamasi ordinatore. Egli non è contabile, e la Corte dei conti non può attribuirsi su di esso veruna giurisdizione. Le sue operazioni possono dar luogo ad una cen-

sura; ma questa censura, come altresì le prevaricazioni che la determinano, sono straniere alle forme ed alle regole di contabilità propriamente detta.

« Allorchè dunque la legge sottopone all' ipoteca legale i beni degli esattori ed amministratori contabili, essa non intende di comprendere sotto tale denominazione, se non quelle sole persone che maneggiano le pubbliche rendite; sia esigendole, sia impiegandole.

« La disposizione medesima comprende inoltre letteralmente quelli che amministrano le rendite dei comuni, e degli stabilimenti pubblici: ma qui la legge si arresta, e noi non dobbiamo estenderla più oltre ».

Alla distinzione del signor Tartible, secondo l'art. 11 della legge de' 16 settembre 1807, viene in appoggio la disposizione dell'art. 7 della legge de' 5 dello stesso mese ed anno, relativa ai diritti del tesoro pubblico, sopra i beni de' contabili. Ivi si dispone che ogni esattore generale di provincia, ed ogni ricevitore particolare di circondario, ogni pagatore generale e di divisione, come pure i pagatori di provincia, di poste e di armate, saranno tenuti di enunciare i loro titoli e le loro qualità nell'atto di vendita, di acquisto, di divisione, di permuta e di altri atti traslativi di proprietà che essi stipuleranno, il tutto a pena di destituzione; etc. Gli articoli seguenti impongono ai ricevitori del registro, ed ai conservatori l'obbligo di prendere iscrizione in nome del tesoro pubblico sopra tutti questi funzionarj. Ma debbo far osservare, che secondo una decisione del ministro delle finanze, de' 21 marzo 1809, i ricevitori del registro, non debbono, in forza della legge de' 5 settembre, richiedere iscrizione d'ipoteca sopra i beni dei percettori a vista delle contribuzioni; cioè su i beni dei percettori di città, e di campagna. Essi debbono solamente richiederla contro di coloro de' quali la legge, coll'art. 7, intende parlare sotto la denominazione generale di contabili, che sono i ricevitori generali ec. Veggasi Sirey, anno 1809, part. 2. pag. 302.

Vi sono però altri ricevitori ed amministratori contabili i quali vengono colpiti dall'ipoteca legale, anche in forza dell'art. 2121 del Codice civile. Essi sono i ricevitori e gli amministratori contabili dei comuni e dei pubblici stabilimenti. Debbono essere collocati nella stessa categoria i funzionarj de' quali si è ragionato, gli altri ricevitori ed amministratori contabili, dei quali possono i conti non essere discussi e verificati dalla Corte dei conti, ma bensì da altre autorità alle quali sono subordinati, come sarebbero i consigli generali dei comuni, o qualsivoglia altra autorità delegata dal governo per l'appuramento e discussione de' conti. La

legge non poteva segnare la linea di demarcazione tra quelli, fra essi, che sottoposti sono all'ipoteca legale, e quelli non soggetti a questa ipoteca. Ma le istruzioni ministeriali appianano tutte le difficoltà presso gl'impiegati del governo. In un trattato non è possibile discendere a sì fatte particolarità; ma conviene riportarsi ai principj generali.

Ora, per questa parte, credo di poter asserire che l'ipoteca legale colpisce tutti coloro che dall'autorità pubblica hanno ricevuto il titolo di esattore ed amministratore delle rendite dei comuni e degli stabilimenti pubblici. Sì fatti stabilimenti sono le case di pubblica istruzione, e quelle altresì di pubblica educazione che sono sotto la mediata o immediata vigilanza del governo, le case di beneficenza, gli spedali e gli ospizj. La qualità di esattore ed amministratore contabile, sottoposto all'ipoteca legale, non si regola dalla qualità delle autorità incaricate di ricevere e liquidare i conti: ma bensì dalla natura dell'amministrazione. Basta che essa abbia il carattere di una percezione ed amministrazione delle pubbliche rendite che emani dalle autorità pubbliche. Le voci riunite di *esattore ed amministratore* fanno presumere due cose distinte, una semplice percezione, e quindi l'impiego delle rendite che han formato l'oggetto della percezione fatto dalla stessa persona. Allorchè però non altro vi fosse che il titolo di *ricevitore*, senza facoltà di amministrare, sarebbe anche questo il caso di applicare l'art. 2121 del Codice civile, basta che vi sia il titolo di *esattore contabile* Tutto ciò che concerne le *pubbliche rendite* è sotto la vigilanza del governo. Questa vigilanza si esercita in nome del Re, astrazion fatta da'mezzi diretti o indiretti coi quali le rendite entrano nelle casse pubbliche.

Pericoli dell'estensione che si darebbe all'ipoteche legali relativamente a certi amministratori e contabili.

288. L'oggetto importante è di non uscire da'limiti fra i quali la legge ha circoscritte le ipoteche legali. Sarebbe lo stesso che violarla per modo da produrre gravi disordini creando delle ipoteche legali non conosciute. Sicchè non vi è ipoteca legale, nè rispetto agli affittuarj dei comuni, degli ospizj e degli altri pubblici stabilimenti, nè rispetto a'fornitori e a tutte le altre persone che contraggono delle obbligazioni verso gli esattori ed amministratori contabili. Non v'ha cosa più giusta di quello che a questo riguardo ne dice il sig. Tarrible.

« Vi sono molte persone realmente contabili, prendendo questa voce in un significato generale. Tali sono i sequestratarj, i custodi giudiciali, gli eredi beneficiati, i curatori dell'eredità giacenti, i sindaci di un fallimento, ed altri amministratori di simil genere: tutti questi maneggiano i denari altrui e convien che dieno conto dell'esazione e dell'impiego fattone: ma non essendovi alcuna legge, la quale abbia sottoposti i loro beni all'ipoteca legale verso le persone alle quali il conto deve essere reso, non possono queste reclamarla, e cercar debbono la loro sicurezza, nei mezzi generali aperti a tutti i creditori ».

L'ipoteca legale di cui trattiamo era ammessa nell'antica legislazione. Malcville con ragione ne fa l'osservazione sull'art. 2121, *Analisi della discussione del Codice*. Ma essa non l'è stata mai riguardo agli affittuarj. Alcuni Statuti, come quello di Oudenarde, art. 12, l'avevano stabilito contro di essi: ma la loro disposizione ha cessato di avere vigor di legge, dopo la promulgazione del Codice civile, e dopo la legge di brumaio alle cui disposizioni il Codice per questa parte è uniforme. La questione si era nondimeno elevata sotto l'impero della legge di brumaio per l'affitto di un fondo composto di diversi immobili, fatto all'incanto dell'amministrazione dell'ospizio civile di Grenoble, il 19 vendemmiaio, anno 10. Non si era convenuta alcuna ipoteca. Questa amministrazione prese un iscrizione il 4 marzo 1807, che venne impugnata in un giudizio di graduatoria. Riferirò il mezzo essenziale col quale l'amministrazione sosteneva la validità della sua iscrizione. Questo mezzo era fondato sulla ragione che il credito di cui si trattava dovea godere il favore dell'ipoteca legale, per esser questa appoggiata al disposto dalle antiche leggi. Ma questa pretensione fu rigettata dalla Corte di cassazione, con decreto de'3 luglio 1817, da me citato in altro luogo, relativamente ad una altra questione che ha pure giudicata. *Vedi* Denevers, anno 1818 pag. 411. È utile intanto rammentarne il motivo per cui esso conferma tutto quello che è stato già detto nella presente sezione, e nella precedente, sul pericolo che vi sarebbe nello estendere le ipoteche legali. « Attesochè questa ipoteca (legale) ha esistito contra gli *amministratori ed altri contabili*, *e non contra gli affittuarj ed altri debitori di questa specie*; che la legge di brumaio anno 7, sotto il cui impero gli affitti si son convenuti, mostra d'altronde, coll'art. 21, che essa non ha riconosciuto che gli ospizj e gli altri stabilimenti pubblici avessero una simile ipoteca contra i loro debitori, *affittuarj*, e che quindi l'iscrizione presa non può avere alcun effetto per questo lato.

I diritti del tesoro pubblico, e di quello della corona si dividono in privilegj ed ipoteche legali.

289. I diritti del tesoro pubblico si dividono in privilegj ed in ipoteche legali. Esso può avere delle ipoteche semplici da esercitare pe'suoi diritti proprj, in taluni casi, come surrogato ai diritti dei creditori ordinarj; e si vede bene che rispetto a ciò egli è sottoposto al diritto comune. Sì fatta divisione in privilegj ed ipoteche legali si rinviene nella legge de'5 settembre 1807, relativa ai diritti del tesoro pubblico. L'indicata legge è stata dichiarata comune, come gli articoli 2098 e 2121 del Codice civile, al tesoro della Corona, da un avviso del Consiglio di Stato de'25 febbraio 1808. Si veggono inoltre stabiliti privilegj particolari, a vantaggio del tesoro pubblico, da un'altra legge dello stesso giorno 5 settembre 1807, relativa al modo di ricuperare le spese di giudizio in materia criminale. Sembrerebbe che io dovessi qui spiegarmi sulle ipoteche legali enunciate nella prima legge e nell'avviso del Consiglio di Stato: ma per la connessione che vi è tra queste ipoteche ed i privilegj, me ne occuperò nel trattare dei *privilegj*. Vedi la seconda parte, cap. 1, sez. 3, §. 5.

L'iscrizione del ricevitore generale d'un dipartimento a danno di un ricevitor d'un circondario è valida, malgrado che l'oggetto non ne sia stato valutato coll'iscrizione.

290. Debbo frattanto dir qui che quando si tratta di una iscrizione presa per ipoteca legale, essa è valida malgrado che il credito, essendo indeterminato, non sia stato determinato colla iscrizione. È questo il resultato dell'art. 2153, col quale si prescrivono delle forme particolari per le ipoteche legali, le quali derogano, in alcune parti, alle forme stabilite per l'iscrizione delle ipoteche ordinarie. Nella terza parte di questo articolo si dice che le note da presentarsi per l'iscrizione non altro conterranno se non che la natura dei diritti da conservarsi, e la somma del loro valore relativamente agli *oggetti determinati*, senza l'obbligo di fissarlo per quei diritti che sono condizionali, eventuali, o *indeterminati*. Parlando nel num. 84 delle forme dell'iscrizione in generale, ho rammentato i motivi che avevano fatto dispensare al rigore delle formalità generali nel caso d'ipoteche legali.

Limitandomi a quel che concerne l'applicazione di questo art. 2153, osserverò che il credito, il quale fu l'oggetto dell'iscrizione, dev'essere valutato, semprechè la somma sia determinabile; e che nel solo caso in cui siffatta determinazione fosse impossibile, la valutazione del credito non è necessaria nel prendersi iscrizione. Si comprende esser cosa ben giusta il far distinzione tra colui che è personalmente creditore e coloro che per cagione dell'impiego loro affidatogli, o degli obblighi loro imposti dalla legge, sono nell'obbligo di prendere iscrizione ne' casi indicati dall'art. 2153. Allorchè si tratta di colui al quale è dovuto un credito personalmente, la valutazione è di rigore, poichè questo creditore ha tutti i documenti necessarj per far conoscere ai terzi interessati l'oggetto dell'iscrizione. Ma quando si tratta di pubblici impiegati incaricati, in questa qualità, di prendere iscrizione, possono essi aver bisogno di notizie per conoscere l'importare del credito tra capitali ed accessorj. Se non potessero prendere iscrizioni prima di procurarsi siffatte notizie, potrebbe accadere che prima di questo momento vi fossero delle vendite o delle obbligazioni contratte dal debitore ed il credito si perderebbe. La redazione dell'art. 21 della legge di brumaio, relativo alle ipoteche legali della natura di quelle di cui si tratta, era più semplice, e sarebbe stata desiderabile che l'avessero seguitata nell'art. 2153 del Codice civile. Dicevasi in quest'art. 21: «... 3.° La natura del diritto che si vuol conservare, all'epoca della sua origine, *senza l'obbligo di determinare la somma* ». Deesi considerare l'art. 2153 come se fosse stato concepito col medesimo spirito e nel medesimo senso.

A questo proposito è degna di esser presa in considerazione una decisione della Corte reale di Agen, de' 29 giugno 1809, riferita da Sirey, tom. 10, parte, 2, pag. 309. Si era presa iscrizione su i beni di un ricevitore particolare del circondario a favore del sig. Mas ricevitore generale del dipartimento di Gers. Si disse che era per la sicurezza di un credito *indeterminato* dovuto per l'esigenza delle contribuzioni del primo circondario del dipartimento di Gers, e risultante dalla indicata esazione. I creditori del ricevitore particolare, che fu espropriato, impugnarono la validità dell'iscrizione, perchè non conteneva la valutazione del credito, mentre dallo spirito dell'art. 2153 emerge che nei casi enunciati in questo articolo, se può prendersi iscrizione per un credito indeterminato, è soltanto in tal caso che impossibile si rende di fissarne la somma al momento della iscrizione; ma che il ricevitore generale non si trovava in questo caso, poichè conoscendo le somme dovute, e i pagamenti fatti, ben

poteva egli fissare ciò che era dovuto dal ricevitore particolare, almeno approssimativamente. Ma l'iscrizione fu dichiarata valida. Sta nello lo spirito della legge che, nel caso in disputa, non si usi tanto rigore sulla mancanza della determinazione del credito. È ben giusto che i terzi i quali conoscono l'iscrizione, prendan essi, prima di contrattare col debitore, le notizie proprie a fargli conoscere i rischj che possono correre.

I creditori contestavano altresì la validità della iscrizione per un altro motivo. Essi lo ricavavano dalla maniera con cui il ricevitore generale aveva figurato nel prendere iscrizione: essi dicevano che pareva come se l'avesse presa a suo favore, anzichè a favore del governo e come mandatario di questo, che perciò l'iscrizione non dava a conoscere il vero nome del creditore. Ma un tal mezzo fu ragionevolmente rigettato dalla decisione, poichè la qualità colla quale il sig. Mas aveva presa l'iscrizione, e la natura del credito, indicavano abbastanza che essa era stata presa per conto del governo; cosicchè il creditore era sufficientemente conosciuto. Ricorderò in questo luogo quello che ho detto altrove, cioè di esser sempre a proposito che l'iscrizioni sien prese in nome dello stabilimento che è creditore, *a cura e diligenza degli agenti* che sono mandatarj dello stato o degli stabilimenti medesimi.

Il mallevadore d'un contabile non ha contra di questo veruna ipoteca legale.

291. Ma colui che si è reso garante per il contabile in faccia al governo o a'pubblici stabilimenti, non ha contra il contabile che ha garantito la stessa ipoteca legale cui questo è soggetto verso il governo o stabilimento pubblico. Niuna legge ammette questa ipoteca in favore del garante contra il garantito, e, come non è mai superfluo di ripetere, le ipoteche legali non debbono moltiplicarsi in disprezzo della legge. Ecco quello che è stato giudicato, con decreto della Corte di cassazione, de' 3 settembre 1808. Denevers, anno 1808, pag. 375. Il motivo del decreto è semplice non men che decisivo. « Poichè non trattavasi di un'iscrizione presa dal governo a danno di un amministratore delle rendite pubbliche, o del suo mallevadore, ma dell'ipoteca *a favore del garante contra il garantito* ». Quindi il garante dee procurarsi rispetto a colui che garantisce, una ipoteca speciale, e la sua iscrizione deve esser presa con tutte le formalità prescritte dalla legge per tali ipoteche. La differenza che si

trova, relativamente agli effetti tra questa e l'ipoteca legale, si ravvisa chiaramente. Questa è generale; ella colpisce tutti i beni presenti e futuri, e le forme dell'iscrizione sono meno rigorose. Il garante che non avesse presa la precauzione di non stipulare un'ipoteca speciale, non avrebbe altra risorsa che quella resulta dal num. 3 dell'art. 1251 e del Codice, soltanto nel caso in cui egli soddisfacesse il credito. Egli allora sarebbe di pieno diritto surrogato a tutti gli effetti e privilegj del creditore: e se una iscrizione divenisse necessaria in suo nome, egli dovrebbe prenderla tanto in virtù del titolo costitutivo del credito, quanto in virtù dell'atto dimostrativo del pagamento da esso fatto.

L'ipoteca legale ha ella luogo contra i mallevadori dei contabili, come ha luogo contro di questi?

292. Si potrebbe inoltre dimandare se l'ipoteca legale stabilita contra i contabili abbia luogo altresì contra i loro garanti. Ciò che rispetto a questo avrebbe potuto far nascere qualche difficoltà si è quello che leggesi nel motivo del decreto da me poco fa citato. Ivi è detto che già non si trattava di una iscrizione presa dal governo contra un amministratore delle pubbliche rendite, o *contra il suo garante*, ec. Queste ultime espressioni farebbero supporre che l'ipoteca legale avrebbe avuto luogo contra il garante, mentrechè essa non doveva aver luogo in favore del garante e a danno del garantito.

Ciò non pertanto è fuori di dubbio, che l'ipoteca legale non ha luogo contra il garante. Quello che ha fatto mettere nel decreto l'espressione da me riferita si è che esso è stato emanato in un affare che aveva origine vigente la legge di brumaio anno 7. Ora l'art. 21 di questa legge conteneva dell'espressioni del tutto particolari. Vi si diceva: « Ogni diritto d'ipoteca legale o *convenzionale*; 1.° a favore della nazione sugli amministratori delle pubbliche rendite a motivo della loro amministrazione, e delle loro garanzie, *riguardo ai beni che servono di cauzione* ». Venivano in seguito le ipoteche legali dei minori e degl'interdetti, e quelle delle mogli. Questo articolo modificava, relativamente a queste iscrizioni, le formalità stabilite dall'art. 17 per le iscrizioni concernenti l'ipoteche in generale. Che cosa resultava da questo articolo in ordine ai garanti degli amministratori delle rendite pubbliche? Che non era un ipoteca legale. Ciò che serve a convincersene, è la restrizione che resulta da que-

ste parole: *E su i loro garanti circa i beni dati in garanzia.* Un'ipoteca che cade sopra degl' immobili necessariamente determinati non possono costituire un'ipoteca legale che per sua natura cade sopra i beni presenti e futuri. Sicchè convien credere che, appunto perchè questo art. 21, per ciò che riguarda le cauzioni, prendeva di mira un'ipoteca meramente convenzionale, vi si dice sul principio: *Ogni diritto d'ipoteca legale* o CONVENZIONALE. Bisogna intendere queste parole in un modo distributivo. Le parole o *convenzionale* si riferiscono soltanto all'ipoteca sopra i garanti. Le parole *ipoteca legale* si riferiscono alle altre ipoteche di cui si è parlato. Nondimeno restavano nell'articolo alcune disposizioni relative ai garanti: ma riguardavan esse le formalità delle iscrizioni.

Così a norma di questa medesima legge, non vi era ipoteca legale in favore del governo. Questa ipoteca ora più non esiste contra i garanti poichè niuna delle nuove leggi l'ammettono. Ma legge nuova neppur vi è la quale stabilisca un cambiamento di forme nella iscrizione, rispetto a' garanti dei contabili, in ordine alle formalità stabilite per le iscrizioni in generale. Dunque l'ipoteca resultante dalle obbligazioni dei garanti riguardar si dee come un'ipoteca puramente speciale, sottoposta alle formalità delle iscrizioni stabilite dal Codice civile per questa specie d'ipoteche.

Di ciò che tiene luogo di riduzione o restrizione per le ipoteche legali su i contabili.

293. Fin ora, dopo aver parlato di ciascuna specie di ipoteca, ho esposti i principj relativi alla riduzione, o limitazione, di ognuna di esse. Conviene dunque che qualche cosa si dica per quel che concerne le ipoteche legali contra i contabili.

Fra queste ipoteche, e le altre ipoteche legali, evvi molta diversità, quantunque i principj possano essere i medesimi. L'esercizio dei diritti del tesoro pubblico viene affidato agli agenti del governo. Questo esercizio è stabilito con leggi e regolamenti particolari, e specialmente colla legge de' 5 settembre 1807, comune altresì al tesoro della Corona. Tutta questa parte è sotto la giurisdizione dell'autorità amministrativa, come doveva essere. Il potere giudiciario non estende la sua competenza se non alla esecuzione su i beni, val dire, per gli atti di espropriazione, arresti e procedure. L'amministrazione estende o ristringe i privilegj e le ipo-

teche legali a misura che la circostanza del contabile richiede. Questi ottiene, quando vi è luogo, la riduzione ed anche la radiazione delle iscrizioni prese in nome del tesoro pubblico dai suoi agenti. Le regole che, rispetto a ciò, seguir si debbono sono principalmente negli art. 7, 8 e 9 della legge de' 5 settembre 1807, relativa ai diritti dei tesoro. La seconda legge che riguarda il modo di ricuperare le spese del giudizio, in materia criminale, si ristringe a fissar de' privilegj, di cui ragionerò nel capitolo quarto.

CAPITOLO QUARTO

DEI PRIVILEGI SOPRA I MOBILI.

OSSERVAZIONI GENERALI RELATIVE A TUTTI I PRIVILEGJ
SIA SOPRA I MOBILI SIA SOPRA GL'IMMOBILI.

SOMMARIO.

294. *Causa e oggetto di queste osservazioni.*

295. *Idee generali sulle ipoteche.*

296. *Spirito delle legislazioni sulla introduzione dei privilegj.*

297. *Principio rimarchevole sopra i casi in cui i creditori ipotecarj o privilegiati debbono concorrere fra loro.*

298. *Spirito del Codice civile rispetto ai privilegj, sia sopra i mobili, sia sopra gli immobili. Estensione di quelli enunciati nell'art.* 2101.

299. *Principj per fissare il grado dei privilegj, diversi da quelli enunciati nell'art.* 2101, *tanto sopra i mobili, quanto sopra gl'immobili.*

Causa e oggetto di queste osservazioni.

294. Coloro che addetti sono allo studio della scienza del diritto han sempre manifestato il desiderio che formato si fosse un quadro nel quale tutti si vedessero i privilegj tanto sopra i mobili quanto sopra gl'immobili, disposti per modo da facilitar l'applicazione delle leggi su questa importante materia. Parecchi giureconsulti lo hanno tentato: ma questo lavoro, benchè facile in apparenza, non è stato mai coronato da un soddisfacente successo. Due erano le cagioni che essenzialmente ci si opponevano: la prima consisteva nel non esserci leggi precise sopra molti privilegj, e che, per quelli già esistenti in forza di leggi, il loro rango non era determinato: essi erano isolatamente dichiarati come tali. La seconda cagione consisteva nell'aver alcuni parlamenti considerato come crediti privilegiati quelli che in altri parlamenti non lo erano. D'altronde i privilegj generalmente riconosciuti non erano, rispetto al grado, fissati

fra loro in una maniera uniforme in tutti questi tribunali. Un tale privilegio, che per la giurisprudenza di alcuni tribunali era preferito ad un altro, non aveva che il secondo rango in altri tribunali.

Il Codice civile, e altresì le posteriori leggi che hanno avuto per base le disposizioni di questo Codice, tanto su qnesto ramo della legislazione, quanto su gli altri, hanno prodotto un gran miglioramento, quello, cioè, dell' uniformità in tutto il regno. Ma già non ne deriva che presentar si possano in un ordine esatto e graduale tutti i privilegj, secondo il grado assegnato a ognuno. Questa possibilità sarebbe anche indizio di una imperfezione nella legislazione, di cui al certo ne va esente. Eccone la ragione: Allorchè un articolo di legge fissa un privilegio sopra determinati oggetti, mobili o immobili che sieno, dal modo con cui questo articolo è concepito, o ha dovuto esserlo, si sarebbe invitato a credere che questo privilegio aver debba la preferenza sopra tutti gli altri. Eppure non è così. Altri articoli stabiliscono altri privilegj. Sì fatti articoli occupano un luogo più o meno loutaoo da quello in cui un primo privilegio trovasi fissato. Pria di tutto non si può supporre il ravvicinamento che devesi fare, col pensiero, di tutti questi articoli: la sola riflessione e lo studio dei principj generali che hanno formato la base della legge son quelli che possono produrre la convizione che il privilegio il quale sulle prime si sarebbe creduto essere unico sopra certi oggetti, trovasi poi vinto da certi altri sopra questi medesimi oggetti. L' art. 14 della legge di brumaio offre una specie di nomenclatura colla determinazione dei gradi dei privilegj. Ma l' esperienza aveva già dimostrato che questa determinazione di gradi era inutile e anche impraticabile. Non vi è quasi privilegio, per quanto assoluto sembrar possa, che non sia nel caso di venire cancellato, modificato, e anche vinto da un altro, quaodo tutti o molti privilegj concorrono uuitamente.

Chiara è dunque l'impossibilità di determinare, come in un prospetto, i diversi gradi dei privilegj tra loro. Essi non sempre si presentano soli sugli oggetti su i quali sono stati creati. La determinazione del loro grado è subordinata al loro concorso, che accade fortuitamente. Nondimeno una tale determinazione esiste: ma per istabilirla in una maniera sicura d'uopo è conoscere le disposizioni e lo spirito della legge. Il Codice civile, nel capitolo 2 del titolo 18, presenta su i privilegj la teoria più savia, più ristretta e più metodica. Non se ne potrebbe rinvenire una simile in alcune delle precedenti legislazioni. È dunque cosa necessaria di studiar questa teoria, e quando si possiede bene si possono facilmente risolvere

le difficoltà che insorgono su i differenti privilegj allorchè s'intralciano. La necessità di uno sforzo di attenzione non dee sorprendere, specialmente su questa materia. La legge ordina, e non insegna. Il legislatore ha prescritte le regole dalle quali convien desumere le conseguenze colla combinazione di queste medesime regole. Egli non ha potuto esprimere le sue idee ed i suoi motivi: se si fosse accinto a fare ciò, avrebbe composto un trattato didascalico, e non una legge. Io cercherò di far manifesto lo scopo che il legislatore si è prefisso: ma perchè io sia meglio capito convien che risalga alla origine delle cose. E ciò è d'uopo che si faccia tanto più volentieri, in quanto che avrò agio di fare alcune delle utili osservazioni da me imperfettamente esposte nel trattar delle ipoteche.

Idee generali sulle ipoteche.

295. I Romani si tennero per lungo tempo alle forme stabilite dal loro diritto civile particolare, circa il modo di costituire l'ipoteca. Per la somiglianza dell'ipoteca, che era un diritto reale, *jus in re*, alla vendita di un fondo, l'ipoteca si stabiliva mercè una fiuta tradizione dell'immobile ipotecato dal debitore al creditore. Da queste forme resultava la pubblicità dell'ipoteca; ed è per una conseguenza di queste formalità che si è sempre riguardata l'ipoteca come emanata dal diritto civile, sia romano, sia francese; origine che costituisce la sorgente di parecchie risoluzioni su questa materia, che io ho avuto occasione di far osservare nel corso di questo trattato.

Diventate però molto incomode le indicate formalità, furono finalmente messe in abbandono. L'ipoteca potè venir costituita dal solo patto, *nudo consensu*, ovvero *per pactum conventum*, come si vede nella legge 4, ff. *de pign. et hypoth.* Allora essa fu occulta e generale. Uopo è nondimeno osservare una rimarchevole differenza, rispetto a ciò, tra il diritto romano ed il francese. Nel diritto romano, perchè l'ipoteca esistesse, era necessario che fosse stipulata; doveva esserlo su i beni presenti e futuri, mentre, se lo era su i soli presenti non poteva gravitare su i futuri. Tanto dispone la legge 1. ff. *eod.* Nel diritto francese al contrario l'ipoteca era un accessorio della obbligazione senza che vi fosse necessità di stipulazione, ed essa aveva luogo di diritto, tanto su i beni presenti quanto su i beni futuri. E sebbene i notari, dice Basnage, non mancavano mai di adoperare la clausola che *il debitore ipoteca tutti i suoi beni presenti e futuri*, pure questa clausola era più di stile che di necessità; dappoichè, quando anche l'ipoteca non fosse stipulata, non per questo essa non si acquisterebbe per la natura stessa del con-

tratto. È utile conoscere questa differenza per la migliore intelligenza di parecchie leggi romane, le quali senza ciò presenterebbero gravi difficoltà. Di là veniva che nel diritto romano un creditore il quale avesse avuta una obbligazione colla promessa della ipoteca, sarebbe preferito a quello che avesse avuta una simile obbligazione, ma senza la promessa di una ipoteca. Tale preferenza aveva luogo ancorchè la obbligazione, in cui questa stipulazione d'ipoteca non si rinveniva, fosse stata anteriore di data. Di là nasceva altresì che due creditori, ciascuno dei quali avesse per sè una obbligazione senza stipulazione d'ipoteca, concorrevano unitamente come due semplici creditori chirografarj.

Spirito delle legislazioni sulla introduzione dei privilegj.

296. Fin dal momento però in cui si concepirono le prime idee sulla legislazione ipotecaria, s'intese la necessità di accordare preferenza ad alcuni crediti, indipendentemente da qualunque ipoteca e anteriorità proveniente dal tempo. Questi crediti furono privilegiati. Si scorge benissimo dalla natura delle cose, che i privilegj non potevano essere costituiti nell'istessa maniera delle ipoteche. Il privilegio fu determinato dal favore che questi stessi crediti meritavano. Il privilegio fu nella causa. Ecco il fondamento di quella massima che si vede stabilita nella leg. 32, ff. *de reb. ante ind. possid.*: *privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa.* Questa idea trovasi così espressa nell'art. 2095. « Il *privilegio* è un diritto che la *qualità del credito* attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori, anche ipotecarj ». Nel mentre le stesse leggi romane dicevano quello che poi è stato costantemente ripetuto nel diritto francese intorno alle ipoteche, *qui potior est tempore, potior est jure.* Questo principio fa la base dell'art. 2134 del Codice. Vi furono alcuni privilegj derivanti dal diritto di proprietà, come quello concesso al venditore sulla cosa venduta. Colui che co' suoi denari e colla sua opera aveva conservata la cosa sulla quale i creditori esercitavano i loro diritti, non doveva esser obliato. Fu forza crearne uno per colui che soffriva o si temeva che potesse soffrire evizione di alcuni oggetti sulla esistenza dei quali egli aveva assicurato il suo credito. Ecco quali furono le cagioni che in generale fecero nascere i privilegj. La loro prima sorgente è nelle idee di giustizia e di equità.

Ma ciò non è tutto. Parecchi privilegj furono creati per un sentimento che inspira una nuova venerazione verso i legislatori romani che i primi ne concepirono la idea. Il sentimento di umanità che particolar-

mente distingue le leggi romane, il richiese. Esse sulle prime pareva che si opponessero al diritto di proprietà, al diritto di conservazione, diritto che veniva assicurato col deposito o con una specie di pegno: ma il grido della umanità si fece sentire, ed i legislatori pare come se avessero imposto ai creditori, i quali potevano reclamare sì fatti vantaggi, la necessità di essere giusti non mostrandosi che generosi. Tali appunto furono i privilegj concessi alle spese dell' ultima infermità, agli ultimi soccorsi somministrati per la sussistenza e vestimento del debitore o della di lui famiglia, ai salarj delle persone di servizio, alle spese funerali, ec. Questi privilegj non furono solamente accordati sopra i mobili; ma lo furono altresì su gl' immobili; tanto si allontanarono, per effetto del sentimento di umanità, dal principio relativo al diritto che dall'ipoteca risulta. Tutti i privilegj non concorsero egualmente. Gli uni furono preferiti agli altri, ed allora essi vennero in concorso, o per contributo, quando la legge attribuì loro il medesimo favore.

Sì fatti principj furono adottati nelle moderne legislazioni con qualche modificazione. Il che benissimo trovasi spiegato dal sig. d'Argentrè sull'art. 94 dello Statuto di Bretagna, in seguito delle disposizioni simili del diritto romano. *Notanda jure romano inducta differentia quoad privilegia attinet personalium et hypothecariarum obbligationum. Nam in hypothecariis, prioritas temporis privilegium tribuit, in personalibus contra: ergo quoties plures creditores concurrunt adversus unum, et eundem debitorem, cum sint ejusdem tituli, nullus alteri praefertur; nam tametsi quibusdam personalibus tribuaatur privilegia prioritatis, id privilegium causam non sumit a temporis prioritate, sed a causa credendi, veluti vectuariis, famulis, operariis et similibus.*

Per far meglio conoscere lo spirito delle romane leggi, rispetto a questi privilegj stimo dover citare come esempio quello delle spese funerali, tanto più ragionevolmente per quanto gli stessi principj debbono anche essere osservati nella nostra legislazione. Questo privilegio era preferito ad ogni specie di crediti sia su i mobili sia su gl' immobili. A buon conto è quello stesso che derivava dalla legge 45. ff. *de relig. et sumpt.* che è del giureconsulto Marciano. *Impensa funeris semper ex haereditate deducitur; quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint.* Papiniano aveva anche egli detto nella leg. 43: *Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus: quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet.* *Nam summam esse rationem, quae pro religione facit.* Tutto

questo titolo del digesto, come altresì altri titoli, contengono delle massime importanti su i riguardi dovuti alla umanità languente e sul rispetto da serbarsi alla memoria dei trapassati. Basnage, al principio del capitolo 14, dice ancora, che il debito *più privilegiato* è quello delle spese funerali; *che esso dee precedere tutti gli altri.* Egli cita uno squarcio filosofico di Platone intorno alla cura che bisogna avere de' funerali. Il medesimo scrittore giunge fino a dire che il privilegio delle spese funerali ha luogo anche *in pregiudizio* di tutti i creditori personali e ipotecarj com'è stato giudicato con parecchie decisioni del parlamento di Parigi riferite da Louet, e da Brodeau; fino a questo, ei soggiunge, che se il pigionale muore senza lasciar altri mobili che quelli che si trovano nella casa da lui occupata, l'azione per le spese funerali vince quella per il pagamento della pigione. La leg. 14, §. 1, ff. *eod.* è in fatti precisa pel caso di un pigionale, o di un affittuario. *Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis et illatis eum funerandum Pomponius scribit; et, si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.* Io mi ristringo a questo solo esempio che in seguito mi servirà di sostegno per le conseguenze da dedursene, relativamente all'esercizio dello stesso privilegio sugli altri oggetti.

Principio rimarchevole sopra i casi in cui i creditori ipotecarj o privilegiati debbano concorrere fra loro.

297. Finalmente dalla legislazione romana desumesi un principio molto importante dal quale si deduce la soluzione di moltissime questioni. Esso è comune alle ipoteche ed ai privilegj. Consiste in ciò, che quante volte i diritti di molti creditori, i quali si presentano, risalgono ad un solo e medesimo titolo e dipendono da una medesima causa, ognuno di essi non ha più motivo di domandar la esclusione degli altri, mentre ciascuno degli altri può chiedere la esclusione di lui. Il fondamento di questo principio sta nella legge, *Privilegia* 32, ff. *de reb. ant.* da me già citata. Dopo le parole che ho riferite, vi si dice: *Et si ejusdem tituli fuerint (privilegia) concurrunt, licet diversitas temporis in his fuerit.* La medesima idea si trova nello squarcio del signor d'Argentré da me già trascritto.

Pria che vi fossero ipoteche o privilegj, tutti i creditori avevano senza alcun dubbio lo stesso diritto. Allora essi non potevano concorrere in altro modo che per contributo: questo era lo stato naturale. Una tale idea

emerge chiaramente dagl' art. 2093 e 2094. Col primo si dice: « I beni del debitore sono la comune garanzia dei suoi creditori, ed il prezzo si repartisce fra essi *per contributo*, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori ». Col secondo si dice: « Le cause legittime di prelazione sono i *privilegj* e *l' ipoteche* ». Se però accade che alcuni creditori abbiano un' ipoteca, e che l' ipoteca di ciascuno abbia la stessa data, debbono in tal caso concorrere tutti, cioè, venire in contributo a proporzione dei loro crediti. Essendo eguali i diritti non potrebbe l'uno reclamare in pregiudizio di un altro. È questo il caso di applicar la massima tanto conosciuta: *Mutuo concursu sese impediunt.* Tale è il fondamento dell'art. 2147 il quale dice: « Tutti i creditori iscritti nello stesso giorno hanno *in concorrenza* un'ipoteca della stessa data, senza distinzione della iscrizione fatta nella mattina e quella fatta nella sera, quantunque tale differenza fosse stata indicata dal conservatore ». Per le stesse ragioni se la legge facesse camminare sullo stesso livello molti crediti che, quantunque differenti, fossero della stessa natura, se essa accordasse loro il medesimo favore e il medesimo grado, la concorrenza o la divisione per contributo diverrebbe indispensabile tra i proprietarj di questi crediti, fatta astrazione dal tempo al quale risalgono. Ecco la base dell' art. 2097. « I creditori privilegiati che sono nel medesimo grado son pagati in proporzione eguale ». L' art. 2101 num. 3 e 5, e l' art. 2103 num. 4, ne offrono degli esempj.

Di là si desume inoltre che se il creditore cede, in diversi tempi, a persone diverse un credito, sia ipotecario, sia privilegiato, i cessionarj vengono per contributo al grado dell' ipoteca, o all' ordine del privilegio, sulle somme prodotte dall' una o dall' altra. È noto esser questo il caso di applicare, colla maggior possibile esattezza, la legge *Privilegia, et si ejusdem tituli fuerint concurrunt licet diversitas temporis in his fuerit.* Io credo poter trarre questa induzione dall'articolo 2112 nel quale sta detto: « Tutti i cessionarj di queste diverse specie di crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni dei cedenti *in loro luogo e grado* ».

Son questi gli antichi principj e la giurisprudenza vi era conforme. Renusson, *Tratt. della surroga*, pag. 121; Brodeau, sull'art. 75 dello Statuto di Parigi; Domat lib. 3, sez. 5, art. 2, insegnano questa dottrina. Dappertutto si trova questa regola: *Ubi privilegia paria sunt, neuter utitur privilegio, sed rediguntur ad jus commune.* Baldo, sulla legge 38 ff. *comm. divid.*, aveva anch'egli energicamente detto: *Quando concurrunt duae virtutes paris potentiae, tantum juris habet una ad resistendum, quantum altera*

ad obtinendum. Tutti questi principj han dato luogo a questa massima: *Privilegiatus non habet privilegium contra aeque privilegiatum.* Veggasi nondimeno quel che ho detto nel num. 93.

Spirito del Codice civile rispetto ai privilegj, sia sopra i mobili, sia sopra gli immobili. Estensione di quelli enunciati nell' art. 2101.

298. Premesse tutte queste delucidazioni, che, quantunque riguardar si possono come elemantari, pure non cessano di essere importanti, si comprenderà meglio ciò che io sono per dire, sullo spirito del Codice civile, rispetto ai privilegj. Intendo parlare di qualunque specie di privilegio, sia su i mobili, sia sugl' immobili, qualunque sia la loro qualificazione e la loro origine.

Essi si dividono in privilegj generali sopra i mobili; in privilegj sopra certi mobili; in privilegj sopra gl' immobili; ed in privilegj sopra i mobili e gl' immobili. Meditando su questa divisione, si resta convinto esser essa figlia di una savia teoria, come io già ho detto, e questa divisione era la sola che potesse offrire, se è lecito così esprimermi, la chiave dei principj co' quali bisogna regolarsi.

I privilegj più rimarchevoli si trovano enumerati nell' art. 2101 sotto al titolo dei *privilegj generali sopra i mobili.* E secondo l' art. 2104, sono questi i soli che si estendono sopra i mobili e sopra gl' immobili. Questi privilegj sono:

1.° Le spese giudiciali;

2.° Le spese funerali;

3.° Tutte le spese dell' ultima infermità in proporzione eguale fra quelli a cui son dovute;

4.° I salarj delle persone di servizio, per l' annata decorsa, e quelli dovuti per l'annata corrente;

5.° Le somministrazioni di viveri fatte al debitore ed alla sua famiglia; cioè, pei sei ultimi mesi, da'venditori a minuto, come i fornai, macellai e simili, e per l' ultimo anno, dai padroni di locanda, o mercanti all' ingrosso.

Poichè questi privilegj sono generali sopra i mobili, e poichè si estendono anche sopra gl' immobili, se ne deduce che la legge gli ha dichiarati i primi fra tutti i privilegj e gli ha favoriti in particolar modo: bisogna dunque conchiudere che essi debbono essere preferiti indistintamente a tutti i creditori qualunque, i cui diritti si esercitano sopra i mo-

bili e sopra gl'immobili. Questa conclusione viene corroborata dalla disposizione dell'art. 2105 colla quale si dispone: « Quando, per mancanza di beni mobili, i privilegiati, dei quali si è fatta menzione nel precedente articolo, si presentano per essere soddisfatti sul prezzo di uno stabile, in concorso dei creditori privilegiati sul medesimo, i pagamenti si eseguiscono coll'ordine seguente.

1.° Le spese giudiciali ed altre indicate nell'articolo 2101.

2.° I crediti specificati nell'art. 2103.

Emerge da questo articolo che i privilegj enunciati nell'art. 2101, son preferiti, sopra gl'immobili, ai crediti privilegiati sopra gli stessi immobili. L'art. 2107 li esenta altresì dalla formalità dell'iscrizione. Con questa esenzione si è voluto dispensarli dalla necessità di prendere rango, e quindi si è accordato loro il primo, mentre la legge non vuole che abbiano l'ultimo. Ora, come mai una tale anteriorità, rispetto ai creditori privilegiati, sugli stessi immobili, non assicurerebbe loro un'anteriorità rispetto a tutti gli altri creditori privilegiati sopra i mobili?

Si è veduto nel numero 296 che le spese funerali erano state sempre preferite sopra tutti i beni di qualsivoglia natura, mobili o immobili. Esse non erano le sole; le spese giudiciali soprattutto ottenevano anche la prelazione sulle spese funerali. Avendo il Codice civile compreso nella medesima classe i crediti che vengono in seguito delle spese giudiciali e delle spese funerali, art. 2101, convien conchiudere che il legislatore, per far finire le antiche diversità di giurisprudenza, ha voluto accordare a tutti questi crediti un privilegio su gli immobili, salvo a stabilire, come l'ha fatto, l'ordine in cui concorrerebbero rispettivamente fra loro. Lo stesso sentimento di umanità ha eccitato il legislatore, allorchè ha preso in considerazione il favore che tutti questi crediti meritavano.

Il privilegio assoluto de'crediti annoverati nell'articolo 2101, su tutti i mobili del debitore, sembra non esser capace se non di una sola eccezione; essa deve aver luogo rispetto alle cose mobili che fossero state date in pegno per sicurezza di un credito; purchè il pegno sia provato mercè testimonj quando questa pruova può ammettersi, o che, nel caso contrario, si siano osservate le formalità prescritte dall'art. 2074, perchè il *pegno* possa dirsi regolarmente costituito. Una ragione particolare che non può applicarsi a verun altro privilegio è che il creditore, a cui la cosa mobile è stata data in pegno, se n'è impossessato, e non potrebbe spogliarsene se prima non venga soddisfatto del suo credito. L'impadronirsene che fa il creditore, è una conseguenza necessaria dell'abbandono che

ne fa il debitore, giusta il Codice civile L'art. 2076 dice che in ogni caso il privilegio non sussiste sul pegno se non quando lo stesso pegno *sia stato consegnato*, *e sia rimasto in potere del creditore*. Nell'articolo 2079 sta detto che il debitore fino a che non abbia sofferto l'espropriazione, ove abbia luogo, ritiene la proprietà del pegno, il quale non rimane presso del creditore se non come un *deposito per sicurtà del suo privilegio*. L'articolo 2082 dispone che il debitore non può pretendere la *restituzione* del pegno, se non dopo di avere *interamente pagato*, tanto il capitale, che gl'interessi e le spese del debito *per sicurezza del quale è stato dato in pegno*, eccettuato il caso che il detentore ne abusi. Finalmente nel medesimo articolo si soggiunge che il creditore non potrà *privarsi* del pegno prima di essere interamente soddisfatto, etc. Dunque ha dovuto esserci, per parte del debitore, una privazione del pegno: esso non è più in suo potere, il creditore se n'è impadronito: perchè il suo dominio cessi uopo è che ci sia espropriazione della cosa contra il debitore. Questa espropriazione può aver luogo realmente in alcuni casi, come farò conoscere in appresso. Or l'enorme differenza che deriva da questi principj relativi al pegno è agevole a ravvisarsi. Non può un privilegio cadere sopra una cosa che non si trova in potere del debitore, che è posseduta da un terzo, e che rimaner deve presso di lui fino a che non venga soddisfatto. Sicchè Basnage, cap. 9, abbenchè avesse accordato i maggiori vantaggi alle spese funerali, come già abbiam veduto, ed a qualche privilegio, sia sopra i mobili, sia sopra gl'immobili, pure colloca prima di tutti gli altri il privilegio sul pegno. Egli si dichiara contra alcune decisioni opposte, emesse dal parlamento di Tolosa, e si appoggia su parecchie leggi, sui pareri di Mornac e di Choppin, e sulle decisioni di altri parlamenti.

Giova nondimeno osservare che se, rispetto al pegno, sieno necessarie delle spese giudiciali, il che accadrebbe nel caso preveduto dall'art. 2078 queste spese giudiciali verranno preferite sullo stesso pegno, al creditore in di cui potere si trovano. La ragione è che, in ogni caso, le spese giuciali sono preferite, avendo esse per oggetto la conservazione e liquidazione della cosa.

La stessa eccezione deve aver luogo rispetto al privilegio sopra i capitali dati per sicurtà, di cui parla il numero 7 dell'articolo 2102. Per argomento di analogia, sì fatti fondi dati per sicurtà hanno la natura di un vero pegno. È indifferente che non si trovino direttamente in potere del creditore. Era nella natura delle cose che fossero, mercè la consegna,

nelle mani del Governo; ma la natura del pegno è sempre la stessa. Ciò che conferma questa idea si è che, giusta l'articolo 2076, il pegno non dee essere necessariamente in potere del creditore: esso può rimanere *presso un terzo convenuto dalle parti*. Quivi la costituzione del pegno si opera per ministero della legge. È, perchè il diritto sulla sicurtà si regola coi medesimi principj del diritto sul pegno, al quale vien essa perfettamente somigliata, che la Corte di cassazione con decreto de' 17 di maggio 1816, ha concesso, sulla sicurtà, la preferenza a coloro che erano creditori a causa di prevaricazioni dell' impiegato pubblico. Il decreto è stato proferito contra il pubblico tesoro, il quale reclamava il rimborso delle spese fatte per giuguere alla condanna. Denevers, anno 1816, pag. 407.

Relativamente all' ordine o grado col quale debbono concorrere tutti i privilegj indicati nell'art. 2101, allorchè tutti insieme concorrono, il che avviene ben di rado, non può esservi alcun dubbio. L' ordine è quello istesso nel quale essi sono scritti in quell' articolo, poichè ivi si dice che si esperimentano nello stesso ordine. Questa disposizione, molto laconica, ha troncato mille questioni che insorgevano circa il loro grado, nell' antica giurisprudenza, e che erano giudicate diversamente dai diversi tribunali. Ma convien riflettere che, giusta l'art. 2105, tutti questi privilegj esperimentar non si possono sugl' immobili se non allorchè vi è mancanza di beni mobili.

Confesso che le opinioni da me emesse, almeno sotto certi rapporti, non sono uniformi a quelle di alcuni scrittori sul Codice civile. Ma credo che le incertezze e le diversità delle opinioni derivano soltanto dal non essersi formato un principio generale ed inconcusso. Questa riflessione è parimenti applicabile a quanto sarò per dire sulla stessa materia.

Principj per fissare il grado dei privilegj diversi da quelli enunciati nell'art. 2101 tanto sopra i mobili, quanto sopra gl' immobili.

299. Mi ricordo aver già detto che una indicazione di privilegj, fatta nominativamente secondo il grado di ognuno di essi, non solo sia impossibile, ma suppone altresì una imperfezione nella legge. Per determinare i gradi dei diversi privilegj è d' uopo attingere le regole dai principj che hanno servito di base alle disposizioni del Codice civile, e bisogna conoscere in questi principj lo spirito del legislatore.

Le origini de' diversi gradi dei privilegj sono, 1.° la proprietà; 2.° la conservazione, il miglioramento, la nuova disposizione, o l' utile modifi-

cazione della cosa; 3.º il pegno convenuto con un titolo o con una tacita convenzione. L'ordine delle preferenze si regola con quello di queste origini.

Io credo poter ridurre a queste tre le origini di tutti i privilegj.

PROPRIETÀ. Relativamente al diritto di proprietà il legislatore gli accorda da per tutto la preminenza. Tale è, rispetto agl'immobili, il fondamento del privilegio del venditore sul prezzo della vendita, art. 2103, numero ed art. 2108. Nello stesso privilegio va compreso, per analogia, e per surroga, il privilegio di coloro che prestano delle somme per l'acquisto di un immobile: lo stesso art. 2103 numero 2, e lo stesso articolo 2108. Tale si è il fondamento del privilegio dei coeredi o condividenti, enunciato nell'art. 2103 numero 3, e nell'art. 2109. In appresso farò conoscere più particolarmente, come questo privilegio si riferisca al diritto di proprietà.

Relativamente a' mobili si vede accordata sempre la stessa prelazione al diritto di proprietà. È per un effetto di questo diritto che la legge coll'art. 2102 numero 1.º, accorda, contro al proprietario della casa affittata, o del fondo, un privilegio in favore del venditore de' mobili ed utensili che vi si trovano, sul prezzo di questi mobili ed utensili, e che collo stesso articolo, num. 4, viene accordato lo stesso privilegio ai venditori di tutti gli altri mobili che si trovano egualmente nella casa del debitore. La legge, a dir vero, stabilisce l'eccezione nel caso in cui il debitore è pigionale o affittuario; ma questa eccezione lungi dal distruggere il principio, serve anzi a confermarlo.

CONSERVAZIONE, MIGLIORAMENTO, NUOVA DISPOSIZIONE, O UTILE MODIFICAZIONE DELLA COSA. Rispetto a ciò i principj si trovano nella legge 5 e 6, ff. *qui pot. in pig. hab.* Può riferirsi a questa origine, per ciò che risguarda gl'immobili, il privilegio accordato dall'art. 2103 num. 4, agli architetti, appaltatori, muratori, ed altri operaj impiegati nel fabbricare, ricostruire o riparare edifizj etc. . . . . . ., e, per quel che concerne i mobili, il privilegio accordato, dall'art. 2102 n. 1.º, alle somme dovute per le semente, o per le spese della raccolta dell'anno. Quest'ultimo privilegio può inoltre trarre la sua origine dal *pegno* tacito, ed anche dal diritto di proprietà. La proposizione è evidente sotto al primo aspetto; e, relatimente al secondo, senza inoltrarsi in finzioni, si può dire che coloro i quali hanno anticipate sì fatte somme e sì fatti lavori, debbono riputarsene proprietarj fino alla loro concorrenza.

PEGNO. Egli è, come si è già detto, o *espressamente*, contrattato, o *ta-*

citamente convenuto. Il privilegio del pegno espressamente contrattato, che noi propriamente chiamiamo, *nantissement*, e che dee esser provato mercè scrittura, secondo l'articolo 2074, è consecrato nell'art. 2102, e, per analogia, nel num. 7.

Relativamente al pegno *tacito*, io credo che esso si rinvenga nell'art. 2102 n. 1°; ed è quello col quale la legge accorda un privilegio ai proprietarj delle case locate, o dei beni rustici affittati, sopra i frutti e raccolte, e di più, su i mobili ed effetti dei locatarj, portati in questi fondi. È impossibile il concepire che questo privilegio possa avere altro luogo diversamente che come un pegno tacito. Queste sono le conseguenze che si deducono dalle romane leggi e dalla giurisprudenza francese. È sotto questo aspetto che un tal privilegio è stato considerato nel romano diritto, come si ravvisa nella legge 7 ff. *in quib. caus. pig. In praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelliguntur* PIGNORI *esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.* Lo stesso privilegio militava in favore dei proprietarj delle case, sui mobili che il conduttore vi aveva portati, per sicurezza del pagamento delle pigioni o altre obbligazioni resultanti dall'affitto, in virtù della legge 4 ff. *eod. tit. Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illatave sunt,* PIGNORI *esse credantur, quasi id* TACITE *convenerit.* Ed ecco perchè Pothier, al trattato del contratto di affitto, n. 227 e 228, qualifica il privilegio di cui è questione *come una specie di ipoteca tacita*, o *di un diritto di pegno*: e gli statuti di Francia, i quali contenevano delle disposizioni su questo privilegio, avevano adottato questi principj del diritto romano.

Intanto, in giurisprudenza, si era elevata la questione se il proprietario del fondo rustico, dato in affitto, aveva sopra i mobili ed effetti del conduttore, diversi dai frutti raccolti, il medesimo privilegio che aveva relativamente a questi mobili ed effetti il proprietario di una casa, rispetto al pigionale. Le leggi da me citate non dicevano nulla di preciso intorno a ciò per quel che riguarda il proprietario del fondo dato in affitto. Ma Pothier, *loco citato*, il quale fa uso dell' autorità di Basnage, asserisce come cosa certa essere un uso della Francia statutarea che il locatore di una tenuta avesse il privilegio sopra i mobili come sopra i frutti. Il legislatore si è determinato per quest' ultima opinione, nell' art. 1102. Non può dubitarsene combinando tutte le disposizioni del numero 1 di quest' articolo primo con quelle del num. 4.

Nel mentovato art. 2102 non si fa menzione del solo privilegio sopra i mobili che guarniscono una casa; il che farebbe nascere qualche dubbio ri-

spetto al privilegio in favore del proprietario su i mobili ed effetti che guarniscono una locanda. Ma un tal privilegio sembra compreso nella generalità dei termini di questo medesimo art. 2102. Sicchè Pothier, *loco citato*, diceva che le leggi romane accordavano questo diritto d'ipoteca tacita non solamente per le pigioni delle case, val dire degli edifizj appigionati per servire di abitazione al pigionale, ma altresì per *gli affitti delle locande, magazzini, corti, botteghe, e simili*; il che risultava dalla legge 3 e dalla legge 4 §. 1.° ff. *eod. tit.*

I privilegj noverati ne' numeri 5 e 6, dell'art. 2102 relativi alle somministrazioni di un locandiere, ed alle spese di vettura, si riferiscono manifestamente al *pegno tacito*.

Finalmente giova osservare che tutti i privilegj sopra i mobili esistono senza necessità di stipulazione, anche nel caso in cui le convenzioni dalle quali esse risultano debbono essere scritte. La ragione è semplicissima, ed è, che tali privilegj sono annessi alla natura del credito. Essi dunque non possono dipendere dall'epoca in cui risale la loro origine. Allorchè parlerò de' privilegj sopra gl'immobili indicherò i casi ne'quali i privilegj che si estendono sopra i mobili e sopra gl'immobili debbono essere iscritti, allorchè si applicano agl'immobili.

Premesse queste osservazioni generali procedo all'esame di parecchie questioni, che saranno risolute co' principj da me esposti. Per procedere metodicamente parlerò in un 1.° paragrafo dei privilegj generali sopra i mobili, e son quelli enunciati nell'art. 2101, e rammentati nell'art. 2104. In un secondo paragrafo tratterò dei privilegj sopra determinati mobili.

Resterà l'esame de' mezzi coi quali si osservano e si purgano i privilegj sugl'immobili, e di questo me ne occuperò nella sezione III del primo capitolo della seconda parte. Questa materia, per se stessa assai importante, si annoda ai principj generali relativi alla prescrizione.

PARAGRAFO I.

DEI PRIVILEGJ GENERALI SUI MOBILI.

SOMMARIO

300. *Cosa deve intendersi per spese giudiciali?*
301. *Delle spese funerali. Il lutto della moglie ne fa parte?*
302. *Delle spese di ultima malattia.*
303. *Delle persone di servizio.*

304. *Delle somministrazioni di viveri. Dei capi di pensione, e degl' istitutori.*

305. *Del privilegio del Tesoro pubblico sui beni del contabile per le spese giudiciali, contribuzioni dirette e dogane. Del privilegio del Tesoro della corona.*

306. *Che cosa s' intende per mobili in questa materia.*

307. *Il privilegio del Tesoro pubblico non è soggetto alle regole relative ai fallimenti.*

Cosa deve intendersi per spese giudiciali?

200. Nelle osservazioni generali da me fatte sopra i privilegj, si è veduto che, per la loro qualità, e secondo le combinazioni degli articoli componenti il cap. 2 del tit. 18 del Codice, i privilegj, enumerati nell'art. 2101, sono preferiti a tutti gli altri, sia su i mobili, sia su gl' immobili; che in questo vi sono due sole eccezioni da fare, l'una relativa al pegno, enunciato nell' art. 2102 n. 2, l'altra relativa alle cose date per sicurtà, che formano l'oggetto del num. 7 del medesimo articolo. Si è veduto altresì che, anche rispetto a questi due oggetti eccettuati, le spese giudiciali debbono essere preferite.

È però importante il sapere quel che si deve intendere per spese giudiciali. La legge precisamente non lo ha detto: ma queste spese sono state tanto precisamente determinate dall' uso e dalla giurisprudenza, che non si può dubitare che il legislatore non si sia spiegato secondo le stesse idee. Basnage, *dell' ipoteche*, cap. 9, diceva che queste spese sono quelle che si fanno per l' apposizione dei sigilli, la formazione dell' inventario, la vendita de' mobili, sedute di tribunali e tutto quello che è fatto per la conservazione della cosa e per il comune vantaggio dei creditori. Ora, tali sono anche le spese che si comprendono nella denominazione di *spese giudiciali*, e per le quali ha luogo il privilegio.

Sicchè tutte le altre spese non avendo per oggetto speciale la conservazione e liquidazione del pegno comune, costituiscono solo un accessorio dei crediti particolari. Tali sono le spese fatte da un creditore per ottenere sentenza di condanna contra il debitore, ed anche per essere ammesso alla distribuzione. Queste spese non sono privilegiate come non lo è l' oggetto della condanna.

L' art. 662 del Codice di proc. civ., sotto al titolo *della distribuzione per contributo*, stabilisce come privilegiate le spese del giudizio, e in-

giunge che si prelevino. Queste spese sono designate sotto al nome di *spese ordinarie*. Ma vi sono sovente delle spese *straordinarie*, e sono quelle cagionate dagl' incidenti, e che, quando sono state necessarie per condurre a fine la distribuzione, e sono fatte per l' interesse di tutti i creditori, sono poste nello stesso grado delle spese ordinarie. Nondimeno, queste spese straordinarie, non possono prelevarsi come privilegiate se non nel caso in cui è stato così ordinato da una sentenza. Questa è la regola per le spese straordinarie erogate nei pignoramenti degli immobili, giusta l' art. 716 del Codice di procedura civile.

Ma tornando alle *spese giudiciali* fa d' uopo astenersi dal dare loro una maggior latitudine, senza di che si cadrebbe in errore. L' applicazione del loro privilegio dee essere ristretta alle spese necessarie, ad assicurare o procurare il ricupero dei crediti. Se queste spese sono state fatte per una massa di creditori, non debbono parteciparne coloro fra questi creditori, ai quali queste spese sono estrauee, cioè, che non ne sentono alcun utile particolare, e di cui il privilegio avrebbe potuto essere esercitato utilmente senza queste spese. Posso citare come esempio la disposizione dell' art. 662 del Codice di procedura. Questo articolo, per una conseguenza dell' applicazione che fa del privilegio delle spese di giustizia, dice: « Le spese del giudizio saranno desunte, come privilegiate, avanti qualunque altro credito, eccettuato quello *delle pigioni dovuto al proprietario* ». Quale è la ragione di questa limitazione? La ragione è perchè queste spese di procedura non hanno potuto prefiggere che l' interesse degli altri debitori, nulla giovando al proprietario il cui credito colpiva i mobili del debitore in esclusione di ogni altro. Ma egli dovrà contribuire alle spese de' sigilli, dell' inventario, della vendita giudiciale, perchè queste spese conservano il loro privilegio come gli altri crediti. Egli deve la sua parte, come avrebbe dovuto far prendere dall' uffiziale pubblico che le avesse somministrate, le spese del semplice sequestro dei mobili presso il debitore, e della vendita giudiciale, fatta a sua diligenza e che sono spese giudiciali.

Il sig. Tarrible, *Reper. di giurisp.* alle voci *privilegio di credito*, sez. 3, §. 1, n. 2, conobbe benissimo quanto importava di formarsi idee giuste su quelle che chiamansi *spese giudiciali*. Egli a questo proposito è disceso a fare utili spiegazioni, e conchiude quindi in un modo esattissimo: « Bisogna dunque conchiudere che le spese giudiciali alle quali questo art. 2101 attribuisce il primo luogo tra i privilegj, comprendono quelle fatte per apporre i sigilli, per l' inventario, pel sequestro, procedure e

vendite degli oggetti sottoposti ai debiti, per la graduatoria, in una parola tutte quelle che hanno per oggetto *la conservazione del pegno, e la sua conservazione in una somma liquida suscettibile di distribuzione:* ma non comprendono affatto le spese, *che, sebben fatte in giudizio, pure hanno avuto un oggetto differente* ».

Per una conseguenza di ciò che ho detto, un creditore privilegiato non dee affatto contribuire alle spese di un'amministrazione di fallimento, allorchè il suo privilegio, sopra dati oggetti, può esercitarsi indipendentemente dal fallimento. Questo infatti è stato giudicato con un decreto della Corte di cassazione de' 20 agosto 1821, relativamente ad un proprietario che aveva un privilegio sopra i mobili che guarnivano la sua casa. Una decisione della Corte reale di Parigi aveva anche stabilito questo principio, appoggiandosi sul motivo che il privilegio del proprietario sopra i mobili non può esser vinto da un altro privilegio annesso *alle spese fatte nell'interesse del proprietario medesimo* e per procurargli il ricupero di ciò che gli era dovuto; il che non si trova nel caso in cui le spese per l'amministrazione di un fallimento *sono in tutto straniere al credito del proprietario.* Il ricorso prodotto contro questa decisione fu rigettato dalla Corte di cassazione, per ragioni non meno imponenti. Vi si trova la vera interpretazione dell'art. 558 del Codice di commercio, del quale si faceva abuso per far preferire il privilegio delle spese di amministrazione del fallimento a quello del proprietario. Per esser breve, rinvio ai motivi della decisione che trovasi nel continuatore di Denevers, anno 1821, pag. 519.

È per una conseguenza dei medesimi principj che la Corte reale di Parigi, con una sua decisione de'25 novembre 1814, riportata da Denevers, anno 1816, pag. 28, sup., aveva giudicato che il privilegio del proprietario, per le pigioni, era preferito al privilegio delle spese de' sigilli apposti dopo la morte del pigionale. La discussione la quale preparò questa decisione ricorda moltissime autorità, ma esse sono di un soccorso ben debole dopo le contraddizioni che vi si osservano. Ciò deriva dall'essersi confusi i fatti, il che ha fatta smarrire la vera applicazione della regola. Allorchè si sono verificate tutte queste autorità, taluno può limitarsi a dire che la regola or ora sviluppata è incontrastabile; e che in tal caso è certo, come ha deciso la Corte reale di Parigi, che il proprietario pel suo privilegio su i mobili del pigionale vien preferito anche alle spese giudiciali, quando queste non si sono prefisse per unico oggetto la conservazione del suo diritto. La questione sarà sempre subordinata a quest' ultimo fatto.

Ora si vede bene che rispetto a ciò le circostanze variano, e tutta la difficoltà si riduce ad applicare alle medesime con ogni esattezza il principio generale.

Denisart, alla voce *Affitti*, num. 15 e 16, cita una decisione del parlamento di Parigi, del 17 febbrajo 1734, colla quale fu giudicato che le spese per l' apposizione dei sigilli si sarebbero pagate in preferenza degli affitti dovuti dal defunto, sul prezzo della vendita dei mobili. Soggiugne che vi esistono parecchie decisioni simili. Esse, egli dice, sono conformi al parere di Duplessis: ma dichiara che stenta a credere come una tale giurisprudenza possa aver vigore, mentre i sigilli non procurano alcun vantaggio al proprietario: egli può da sè impedire che i mobili escano dalla sua casa, e può rivendicarli se son portati via. Questa opinione non fu di molto lume. Parecchi scrittori posteriori opinano il contrario. Tutto ciò derivava da mancanza di spiegazione. Denisart mette il proprietario quasi nella necessità di far uso delle vie di fatto per la conservazione del suo privilegio. Ma in questo s' incontrerebbero gravi inconvenienti: egli può usare del sequestro. Se in seguito altri creditori domandano che sieno apposti i sigilli, se dee farsi un inventario, o una vendita giudiciale, se è necessario di far molte spese, bisogna conoscere quali di queste spese servono direttamente alla conservazione del privilegio del proprietario. Allora saranno queste sole preferite al suo privilegio. Ed invero non si saprebbe intendere come possa egli domandare di essere preferito al privilegio delle spese fatte sul sequestro da lui stesso provocato: egli potrebbe anche concorrere al pagamento di altre spese. Si sentiva la necessità di un principio regolatore, e questo principio si trova stabilito dalle decisioni, e specialmente da quella de' 20 agosto 1821.

Delle spese funerali. Il lutto della moglie ne fa parte?

301. Si questionava una volta se il lutto della moglie dovesse far parte o no delle spese funerali, e se per esso vi fosse privilegio. Su di ciò i parlamenti non avevano una giurisprudenza uniforme. Quello di Parigi opinava per il privilegio, non così quello di Bordeau. Può consultarsi Lebrun, Renusson e Pothier, nei loro trattati *della communione*; Lacombe, alla voce *Lutto*, *n.* 1, ed il Repert. di giuris., alla stessa voce, §. 1.

Ma dopo l'art. 2101 del Codice tutte queste difficoltà sono scomparse.

Ivi si dice semplicemente le *spese funerali.* Ora è impossibile di comprendersi in queste espressioni gli abiti di lutto, la cui spesa riguarda unicamente la vedova, i figli, o gli altri eredi. Vero è che l'art. 1481 del Codice dice, che le spese del lutto della moglie *sono a carico degli eredi del marito premorto:* ma da ciò non può dedursi la conseguenza che i creditori del marito debbano sopportarle per effetto di un privilegio. Sicchè, giusta il titolo del Digesto, *de relig. et sump.* per spese funerali s'intendevano soltanto quelle che noi sogliamo chiamare *spese di sepoltura*, *impensa funeris, propter funus.* Basnage, scuotendo la sua opinione dal giogo della giurisprudenza, dice, nel *suo trattato delle ipoteche*, cap. 9: « Ma, a creder mio, una gran differenza convien porre tra le spese delle esequie e gli abiti di lutto. Questi non godono dello stesso favore, e l'erede è nell'obbligo di fare il lutto a sue spese e non a spese del proprietario (egli parla degli affitti dovuti dal defunto); ma per le spese dell'esequie queste vincono tutti gli altri privilegj ». L'art. 2101, n. 5, suppone la possibilità che sia dovuta qualche cosa a dei mercanti di panni, i quali avessero il privilegio stabilito da questo articolo contra i quali non militasse una prescrizione. È chiaro però che non si tratta che di somministrazioni fatte al debitore istesso e non alla sua vedova o suoi eredi dopo la sua morte.

Del rimanente le spese funerali debbono essere moderatissime. Risulta ciò da molte romane leggi e specialmente dalla legge 14, §. 5 e 6, *eod. tit.* A me pare che sia necessario uniformarsi allo stato, alla fortuna, ed anche alla dignità del defunto, ma sempre con molta riserva. *Haec actio quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam caeterorum, sumptuum. L.* 14, §. 5. E di là deriva altresì una esclusione delle spese del lutto della moglie e della famiglia.

Delle spese di ultima malattia.

302. Sono insorte parecchie difficoltà su ciò che s'intende per ultima malattia di cui fa menzione l'art. 2101. Queste spese consistono nelle somministrazioni, onorarj e salarj dovuti ai medici, chirurghi, speziali ed infermieri. Potrebbe stare che per questa specie di credito privilegiato il creditore si presentasse anche mentre il debitore è ancora in vita. Ciò accaderebbe nel caso di fallimento o di una decozione: In questo caso si potrebbero chiedere le spese dell'ultima malattia se non fossero state pre-

scritte. Pochi scrittori hanno fatta questa distinzione. Essi dicono, in generale, *le spese dell' ultima malattia*; si vegga fra gli altri D'Héricourt, *della vendita degli immobili*, cap. 10, sez. 1, n. 5. Io sono di parere che, giusta lo spirito di questo art. 2101, il privilegio deve aver luogo soltanto per le spese della malattia per la quale il debitore è morto. Non si potrebbe risalire più alto, senza aprire l'adito a gravi difficoltà, e senza correre il rischio di far commettere delle frodi in pregiudizio de'creditori. Ma quel che corrobora molto più la mia opinione, è quel che dice Basnage, *delle ipoteche*, cap. 9. Egli limita il privilegio ai medici, chirurghi e farmacisti che hanno curato l' infermo, *nella malattia della quale egli è morto*. Egli dice altresì in seguito, che « questo privilegio è ristretto sempre alle droghe e medicamenti somministrati durante l' ultima malattia, e *non per le precedenti*, quantunque vi fossero partite liquidate, promesse di pagamento, o obbligazioni ».

Delle persone di servizio.

303. Le persone di servizio le quali godono i privilegj pe' salarj loro dovuti per l' annata decorsa, e per l' annata corrente, sono i domestici che si tengono annuali. Gli operaj e i lavoranti godono essi dello stesso privilegio per il pagamento delle loro giornate, quando quel che ad essi è dovuto non risale al di là di sei mesi, e quando si potrebbe loro opporre la prescrizione ammessa dagli articoli 2272 del Codice? A me pare che vi sia luogo a decidersi contra il privilegio. Tali operaj non possono entrare a far parte della classe delle persone di servizio di cui il legislatore ha inteso parlare; e non può riconoscersi altri privilegj, che quelli stabiliti dalla legge. D' altronde il legislatore avendo introdotto un privilegio nel num. 1.° dell' art. 2102, in favore di coloro che han fornite le semente, ed in favore di coloro che hanno anticipate le spese per la raccolta dell' anno, e non essendosi spiegato di vantaggio, tanto ivi che altrove, in favore degli operaj, ne nasce rispetto a questi una esclusione del privilegio. Il favore del privilegio è congiunto ad una causa che ha una certa destinazione determinata per la conservazione di una cosa particolare, il che non si può dire del lavoro degli operaj preso in un senso generico e indefinito. Nondimeno, da questo articolo deriverebbe che se una o più persone in società avessero stabilito un prezzo per mietere le biade o raccogliere le uve da una vigna, cosa che spesso suole avverarsi, esse dovrebbero esser pagate da quel che

si è raccolto in preferenza del proprietario del fondo, poichè non si tratta di giornate impiegate in un tempo indefinito.

Delle somministrazioni di viveri. Dei capi di pensione, e degl' istitutori.

304. Rispetto alle somministrazioni di viveri fatte al debitore e alla sua famiglia, non vi è privilegio se non per quelle fatte durante i sei ultimi mesi dai venditori a minuto, come i fornaj, macellaj e simili, e durante l' ultimo anno dai mercanti all'ingrosso: num. 5, art. 2101.

Il privilegio non ha luogo che in favore dei mercanti. Le somministrazioni fatte da persone non mercanti formerebbero un credito ordinario. Questo privilegio si riduce a quel che poteva esser necessario per la sussistenza del debitore, e della di lui famiglia. Ogni altra spesa non potrebbe essere ripetuta a questo titolo.

Coloro che hanno delle persone a pensione si trovano nella stessa categoria dei mercanti all' ingrosso; essi possono reclamare come privilegiato ciò che è loro dovuto per l'ultima annata, sia per gli alimenti e spese dell' educazione de' fanciulli, sia per le somministrazioni a questi fatte in carta, libri ed altro. Ecco quello che fu giudicato con un decreto del parlamento di Parigi, de' 29 dicembre 1779 che si legge nel Repertorio di giurisp. alla voce *Pensione* §. 1.°

Accordando la legge un privilegio soltanto a coloro che hanno delle persone a pensione, non si può estendere ai maestri ed istitutori di scienze ed arti per le lezioni che essi danno a mesate. Bisogna sempre aver presente il principio che essendo i privilegj altrettante eccezioni, debbon queste essere piuttosto ristrette che estese.

Del resto il privilegio di coloro che hanno persone a pensione, come quello degli osti e locandieri a causa della dimora nella locanda, e dei viveri somministrati, non potrebbe aver luogo che per sei mesi, stantechè la loro azione dopo questo termine è prescritta.

Quelli che somministrano viveri, che hanno persone a pensione ed altri di cui si è trattato in questo numero, concorrono nella distribuzione dei denari dietro i privilegj che li precedono nell' art. 2101, il quale determina l' ordine di tutti questi privilegj.

Del privilegio del Tesoro pubblico sui beni del contabile per le spese giudiciali, contribuzioni dirette e dogane. Del privilegio del Tesoro della corona.

305. Il privilegio del Tesoro pubblico vien regolato da leggi particolari, senza che possa essere esercitato in pregiudizio de' diritti acquistati anteriormente da' terzi (art. 2098 del Codice civile). Giusta l'art. 2 della legge de'5 settembre 1807, concernente i diritti del Tesoro pubblico su' beni dei contabili, il privilegio del detto Tesoro ha luogo sopra tutti i beni mobili dei contabili anche a fronte delle mogli separate di beni pe' mobili ritrovati nella casa di abitazione del marito, a meno che non giustifichino legalmente, che i detti mobili son loro pervenuti per proprio diritto, o sono stati acquistati con denari che ad esse appartenevano.

Giusta la stessa legge, un tal privilegio non si esercita se non dopo i privilegj generali e particolari indicati negli articoli 2101 e 2102 del Codice civile.

La legge de'5 settembre 1807, con un avviso del Consiglio di Stato de'25 febbrajo 1808, si è dichiarata applicabile al Tesoro della corona; quindi è che il Tesoro della corona ha i privilegj medesimi sopra i beni de' suoi agenti contabili.

Una seconda legge de' 5 settembre 1807 sulla maniera di ricuperare le spese del giudizio in materia criminale, correzionale e di polizia, accorda al Tesoro pubblico, per il ricupero delle spese, la cui condanna è stata pronunziata a suo favore, un privilegio su i mobili de'condannati: ma questo privilegio non può esercitarsi, se non dopo quelli contenuti negli art. 2101 e 2102 del Codice. Le somme dovute per la difesa de'condannati, che, nel caso di controversia per parte dell'amministrazione de' demanj, debbono essere regolate secondo la natura dell'affare, dal tribunale che ne ha pronunziato la condanna, sono benanche preferite alle spese per questa condanna erogate.

Il privilegio accordato per le spese del giudizio neppure si estende alle multe. Il ministro della giustizia ha deciso ciò con una lettera de' 19 marzo 1808, diretta al ministro delle finanze. I principali motivi di questa decisione sono che la legge de' 5 settembre 1807 non ha accordato il privilegio se non per le spese; che le nuove leggi, le quali hanno stabilite le multe, e determinato in generale, i mezzi di procurarsene il rimborso, non fanno alcuna menzione di privilegio a questo riguardo; che gli antichi editti e dichiarazioni, con cui veniva concesso questo privilegio,

dovevano considerarsi come abrogati, e che non potevano rivivere se non dietro nuova legge. Quindi la Corte di cassazione, con decreto de' 7 maggio 1816, riferito dal continuatore di Denevers, lo stesso anno, pag. 407, ha giudicato in massima che il Tesoro non poteva venire in concorrenza sulle sicurtà somministrate dagl' impiegati pubblici per le multe, ed ancora per le spese fatte a fin di ottenere una condanna, con quelli che sono creditori di questi impiegati a causa di prevaricazioni commesse da questi ultimi in loro pregiudizio, nell' esercizio delle loro funzioni. Questo decreto è importante per l'esposizione che esso contiene dei principj in proposito.

Finalmente la legge de' 12 novembre 1808 ha regolato il privilegio del Tesoro pubblico per la riscossione delle contribuzionii dirette. Egli gode il privilegio della preferenza sopra ogni altro creditore, giusta l'art. 1.° di detta legge: primieramente, per la riscossione dell' annata scaduta e della corrente sulle raccolte, frutti, pigioni e rendite dei beni soggeti alle contribuzioni: secondariamente, per l'annata scaduta e la corrente delle contribuzioni sopra cose mobili, porte, finestre, patenti, ed ogni altra contribuzione diretta e personale, su tutti i mobili ed effetti mobiliarj appartenenti al contribuente dovunque si trovino.

Sì fatto privilegio per le contribuzioni dirette, che *si esercita prima di ogni altro*, a' termini della legge, viene egli preferito alle spese giudiciali? Ciò non si deve presumere, poichè prima che il prezzo della cosa, che è il pegno comune, possa essere distribuito, fa mestieri che sia stato *conservato* e *liquidato*, il che produce delle spese di cui niuno vorrebbe farne l'anticipazione, se la prelazione non fosse certa. Il Codice di procedura civile nel titolo *della distribuzione per contributo* contiene delle disposizioni che tolgono ogni incertezza a questo riguardo. Secondo l'art. 657 l'uffiziale che ha eseguita una vendita delle cose mobili non è obbligato di consegnare la somma ricavata dalla vendita, che *dedotte però le spese da lui fatte*; e, secondo l'art. 662, le spese del giudizio saranno prelevate, come privilegiate, *avanti qualunque altro credito*. Sì fatto articolo non fa altra eccezione, fuorchè quella delle pigioni dovute al proprietario.

Anche il Tesoro pubblico ha un privilegio, pei diritti di dogana, sui mobili de' contabili per residuo di debito, e sui mobili dei compratori e contribuenti pe' diritti con preferenza ad ogni altro creditore. È questo il risultato dell' art. 22 del tit. 13, della legge de' 21 agosto 1791, e dell'art. 4 del titolo 6 di quella de' 4 germile anno 2. Era insorto qualche

dubbio sull'applicazione di queste leggi; ma un decreto della Corte di cassazione, de'14 maggio 1816, riportato da Denevers, lo stesso anno, pag. 286, gli ha tolti di mezzo.

Del privilegio del Tesoro pubblico per il diritto di trasferimento, e per morti, io ne tratto nella parte 2, cap. 1.° sez. 3, §. 5.

Che cosa s' intende per mobili in questa materia.

306. Importa qui di togliere un dubbio che potrebbe ragionevolmente promuoversi. Allorchè la legge accorda ad un particolare un privilegio speciale sopra i mobili che guarniscono una casa, come quello che compete al proprietario della casa o del fondo rustico, il denaro è egli compreso in questa voce *mobili?* Le indicazioni tratte dagli articoli 533, 535, 2101 e 2105 del Codice civile fornirebbero materia a parecchie discussioni su questa questione. A me nondimeno pare che vi sia luogo a opinare che il denaro non vada compreso nella voce *mobili.*

Questa decisione mi parrebbe fondata sull'art. 2102: ivi è detto che il privilegio per le pigioni ed i fitti, ha luogo sul valore *di tutto ciò che serve a GUARNIRE la casa* o *il fondo rustico*, ec. Di quali cose ha inteso egli parlare il legislatore nell' essersi servito di queste espressioni? Può dirsi che, nel senso nel quale si spiega, le somme in numerario servano per *guarnire* la casa? È difficile il pensarlo.

Bisogna d'altronde risalire alla causa del privilegio del proprietario della casa o del fondo. Esso è appoggiato, come già ho fatto conoscere, sopra un *pegno tacito.* Ma un simile pegno non ha potuto consistere che in suppellettili ed altre cose di simil natura che sono ostensibili. Son questi i soli oggetti che hanno potuto ispirare la fiducia del proprietario, e su'quali ha dovuto fondare una sicurezza del pagamento delle pigioni o dei fitti. Sicchè i termini dell'art. 2102, *e sul valore di tutto ciò che guarnisce la casa locata o il fondo*, fanno insorgere questa idea.

Vero è che Pothier nel suo trattato *del contratto di affitto*, num. 248, ha detto: « Relativamente ai mobili che spettano agl'inquilini o subinquilini, essi sono obbligati, o che sieno in vista, o che sieno effetti rinchiusi, come argento, gioje ed altre cose simili: basta che si trovino in casa per rimanerci, cioè, che non vi sieno transitoriamente, e colla destinazione di essere trasportati in altro luogo ».

Ma, primieramente, questo scrittore serba il silenzio sul danaro con-

tante: e allorchè parla di ciò che è in mostra, pare che escluda il contante. Più: può con molta ragione dubitarsi che il privilegio possa applicarsi alle gioje e ad altre cose simili. Sicchè un tal privilegio veniva contrastato da molti commentatori dello Statuto di Parigi, sulle pietre preziose e le gioje, perchè queste non erano in mostra, e perchè non avevano potuto cader in mente del proprietario di farle servire di garanzia. Dunque ci è luogo a credere che relativamente al numerario, come anche circa le gioje, tutti i creditori debbono concorrervi per contributo. Il privilegio speciale non avrebbe luogo in favore del proprietario, sulle gioje, che nel caso solo in cui si trattasse delle pigioni della bottega o magazzino nei quali questi oggetti fossero stati deposti da colui che ne facesse il commercio.

Rispetto alle cambiali, obbligazioni ed effetti di simile natura, non può applicarsi loro il privilegio del proprietario per le pigioni dovute. Le medesime ragioni qui militano per il numerario. È questo il caso della distribuzione per contributo fra tutti i creditori.

Il privilegio del tesoro pubblico non è soggetto alle regole relative ai fallimenti.

307. Il privilegio del tesoro pubblico non è soggetto alle regole stabilite dal Codice di commercio relativamente a'fallimenti. Sicchè l'amministrazioni ed ogni agente del Governo han sempre il diritto di esercitare il privilegio innanzi al tribunal civile del luogo ove il contabile ha domicilio, a motivo del suo impiego, quando anche questo contabile fosse fallito, e si presentassero altri creditori per la circostanza del commercio da lui fatto. Questi creditori hanno soltanto la facoltà d'intervenire nel tribunale civile per la conservazione dei loro diritti, che vi debbono essere discussi cogli agenti del tesoro. Spetta al tribunal civile l'ordinare tutte le misure tendenti alla conservazione dei beni del debitore.

Ve ne sono molte ragioni:

1.° L'amministrazione, per regola generale, ha sui beni del contabile un privilegio che vince quello di tutti gli altri creditori; e nulla può impedire l'esercizio di questo privilegio. Gl'interessi del tesoro pubblico non possono esser comuni con quelli dei creditori ordinarj. Non sa concepirsi come mai quello che dipende dall'esecuzione di una sentenza, possa esser della competenza di un tribunale di commercio, che è un tribunale di eccezione.

2.° Innanzi ad un tribunale di commercio, il tesoro pubblico sarebbe privo di difensori, poichè il suo natural difensore è il ministero pubblico.

3.° Dovendo le riscossioni esser fatte dal tesoro pubblico colla massima celerità, vi sarebbero gravi inconvenienti a sottoporre l'incasso di questi crediti privilegiati colla lentezza che sogliono ordinariamente accompagnare la liquidazione dei fallimenti.

Tali sono i principj stabiliti da' due decreti della Corte di cassazione, l'uno de' 9 marzo 1808, e l'altro de' 23 gennaio 1815, riferiti dal continuatore di Denevers, vol. del 1808, pag. 158, e vol. del 1815 pag. 241.

PARAGRAFO II.

DE' PRIVILEGJ SOPRA DETERMINATI MOBILI.

SOMMARIO

308. *Del privilegio delle pigioni e fitti dei fondi. Del caso del subaffitto.*

309. *Per quali crediti e per qual tempo questo privilegio può essere reclamato? Casi differenti. Quando il pagamento anticipato può aver luogo?*

310. *Su di che si esercita il privilegio? Che cosa s'intende per frutti raccolti nell'anno? De' frutti pendenti, e di quelli degli anni antecedenti.*

311. *Degli oggetti che guarniscono la casa o il podere, e servono alla coltivazione. Del diritto di rivendicarli. Può il conduttore togliere qualcheduno di questi oggetti?*

312. *Il privilegio del proprietario può esistere sulle raccolte, malgrado che esse non si trovino ne' granaj del fondo locato.*

313. *Anteriorità di alcuni crediti particolari.*

314. *Del privilegio del credito sul pegno dato al creditore. Condizioni alle quali è sottoposto.*

315. *Del privilegio delle spese erogate per la conservazione della cosa.*

316. *Del privilegio del venditore delle cose mobili. Gli si concedono due diritti: il privilegio, la rivendicazione. Con quali condizioni?*

317. *Il venditore avrebbe egli perduto il suo diritto accettando un biglietto di pagamento?*

318. *Della vendita di effetti mobiliarj in materia commerciale. I creditori del compratore avrebbero il diritto di ritenere le mercanzie rivendicate pagandone il prezzo al venditore?*

319. *Del privilegio de'locandieri sugli effetti dei viaggiatori. Di quello dei vetturali sulle robe che si trasportano.*

320. *Dei crediti privilegiati sulla garanzia data dagli uffiziali pubblici.*

321. *Dei privilegj sulle navi ed altri legni di mare.*

322. *Della sorte dei privilegj, in materia di fallimento, su quel ch' è mobile.*

Del privilegio delle pigioni e fitti dei fondi. Del caso del subaffitto.

308. L'articolo 2102 del Codice civile che stabilisce questi privilegj, ne forma sette classi particolari. Io le esaminerò successivamente, facendo seguire al testo della legge le convenienti spiegazioni che possono esser necessarie, sia intorno a questi privilegj in sè stessi, sia circa il loro concorso coi privilegj generali sui mobili che formano l'oggetto del paragrafo precedente.

Per disposizione del num. 1.° art. 2102, sono privilegiate le pigioni ed i fitti degl'immobili sopra i frutti raccolti nell'anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve a guarnire la casa o il fondo locato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione del fondo: cioè, per tutto ciò che è da scadere se i contratti di affitto sieno per atto autentico; ovvero se, essendo per iscrittura privata, abbiano una data certa; e, in questi due casi, gli altri creditori hanno il diritto di riaffittare nuovamente la casa, o il podere pel tempo che rimane fino al termine del contratto e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti, col peso però di pagare al padrone del fondo tutto ciò che gli fosse ancora dovuto. In difetto di autenticità, o se l'affitto è fatto con scrittura privata, e non ha data certa, il privilegio non ha luogo che per un solo anno dallo spirare dell'anno corrente.

Lo stesso privilegio ha luogo per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto.

Ciò non ostante le somme dovute per le semente, o per le spese della raccolta dell'anno si pagano sul prezzo della medesima, e quelle dovute

per gli attrezzi rurali, sopra il prezzo degli attrezzi stessi, in preferenza del padrone del fondo, tanto nel primo che nel secondo caso.

Il padrone della casa, o del podere affittato, può sequestrare i mobili in essi introdotti, quando sieno stati trasportati altrove senza il suo consenso, e conserva sopra di essi il suo privilegio; purchè abbia proposto l'azione per rivendicarli nel termine di quaranta giorni, per rispetto ai mobili, de' quali era fornito il podere, e nel termine di giorni quindici per rispetto al mobile di una casa.

Era naturale che colui il quale, avendo diritto al godimento e a' frutti di una cosa, cedendo questi diritti ad un altro, conservasse sopra questi frutti un diritto di prelazione per il pagamento del prezzo. Poichè questi frutti, come osserva Domat, sulle leggi romane, lib. 3, tit. 1, sez. 5, num. 12, non sono tanto il pegno quanto la cosa sua propria, fino a che non è soddisfatto.

È chiaro che il privilegio accordato al proprietario, viene anche accordato all'inquilino o affittuario che ha subaffittato o ceduto il suo affitto ad un altro, secondo la facoltà data dall'art. 1717 del Codice.

Ma, nel caso di subaffitto, il proprietario può esercitare il suo privilegio non solamente contra l'affittuario, ma anche contra il subaffittuario. L'art. 2102 fa cadere il privilegio sui frutti raccolti nell'anno, e sul valore di tutto ciò che serve a guarnire la casa, o il fondo locato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi, senza distinguere a chi appartengono i frutti ed i mobili che guarniscono le cose date in affitto. Una conseguenza di questo privilegio è che gli effetti del subinquilino o subaffittuario che servono a guarnire i luoghi da essi occupati, ed i frutti dei fondi sullocati, possono essere sequestrati per le pigioni ed i fitti dovuti dal pigionale o affittuario, dai quali essi li presero in affitto. Nondimeno è d' uopo apportarvi una limitazione: il subaffittuario non è tenuto verso il proprietario che fino alla concorrenza del valore del subaffitto, e delle somme da lui dovute al tempo del sequestro fatto de' suoi effetti. Questo però ha luogo se, i pagamenti fino allora fatti all'affittatore principale, lo sieno stati senza frode, o senza anticipazione. È questo il risultato dell' art. 1753 del Codice civile, e art. 820 del Codice di procedura.

Per quali crediti e per qual tempo questo privilegio può essere reclamato? Casi differenti. Quando il pagamento anticipato può aver luogo?

309. Il locatore ha lo stesso privilegio per le pigioni e fitti, per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione dell'affitto. Il medesimo privilegio esiste altresì per le deteriorazioni commesse dall'affittuario, e pe' danni ed interessi resultanti dalla inesecuzione dell'affitto. Si applica inoltre alle anticipazioni fatte dal proprietario all'affittuario, purchè esse sieno comprovate dall'atto medesimo dell'affitto; mentre per tutte le altre anticipazioni non potrebbe il proprietario vantare se non un credito ordinario.

Relativamente al tempo durante il quale può il privilegio reclamarsi, duopo è riflettere alla natura del titolo che ha trasferito il godimento. Se l'affitto è con atto autentico, o se, essendo con scrittura privata, ha una data certa, il locatore può esercitare il suo privilegio per tutto quello che è scaduto e quello che sarà per scadere. Nondimeno bisogna intendere questa disposizione nel senso che, quando l'affitto è con scrittura privata, non è dovuto per il passato, se non quello scaduto dopo che l'affitto ha acquistato una data certa, giusta l'art. 1328 Codice civile.

Se l'affitto è verbale, o se, il che torna lo stesso, rispetto agli altri creditori, esso è con scrittura privata, e con data incerta, il privilegio si limita ad un solo anno a contare dallo spirar dell'anno corrente. Questa disposizione restrittiva tende ad impedire che gli altri creditori non fossero vittime delle frodi. Il proprietario deve a se imputare se non ha preso maggiori precauzioni per assicurarsi del pagamento. Tali furono i motivi che determinarono questa limitazione allorchè si fece la discussione nel Consiglio di Stato.

Ma questa limitazione si è forse proposta di privare il proprietario del privilegio per l'annata corrente? La questione non è senza difficoltà. Il sig. Tarrible, *Repert. di giurisp.* alle voci *Privilegio di credito* sez. 3, §. 2, num. 5, si decide per la negativa, e il sig. Persil, *Reg. ipot.* art. 2102 §. 1 num. 22 per l'affermativa, adducendo parecchi argomenti in sostegno della sua opinione. In quanto a me veggo che la legge dispone in un modo chiaro e preciso, e stimo che decidendo che il privilegio del proprietario. in questo caso, non ha luogo se non per un anno, a contare dal finire dell'annata corrente, sia lo stesso che conformarvicisi.

Per il primo caso, quello cioè in cui vi è un affitto con scrittura privata avendo una data certa, l'art. 2102 contiene quasi una specie di derogazione ai principj relativi alle obbligazioni a termine, assicurando anticipatamente al proprietario il pagamento delle pigioni, e affitti da scadere. Gli oggetti che guarniscono la casa o il fondo, formando il pegno del proprietario, per tutto il tempo che dura l'affitto, questo pegno non può scomparire senza essersi prima assicurato della intera soddisfazione del valore dell'affitto. Gli altri creditori non possono querelarsene, poichè essi hanno il diritto di affittare di nuovo la casa o il podere per il tempo che rimane dell'affitto, e di appropriarsi le pigioni o fitti, sotto la sola condizione di pagare al proprietario quel che tuttavia gli anderebbe dovuto. I creditori possono far uso di un tal diritto di riaffittare anche quando la qualità di subaffittare si fosse negata al pigionale o affittuario, perchè l'art. 2102, glielo concede indipendentemente dalle clausole dell'affitto.

Del rimanente l'inquilino o l'affittuario non può essere costretto a pagare anticipatamente quel tanto che è dovuto al proprietario, allorchè altri creditori non si presentino in concorrenza col proprietario per farsi pagare sui frutti raccolti o sugli effetti del conduttore. Appena soddisfatto dei termini già scaduti, il locatore null'altro può chiedere all'affittuario che gli offre sempre la stessa garanzia. Tale garanzia cessa per l'azione degli altri creditori: questa azione è appunto quella che rende anticipatamente esigibile il valore del fondo. Sicchè il privilegio del proprietario, sul prezzo degli oggetti che guarniscono la casa o il podere, non può aver pei termini da maturare, se non allorchè l'inquilino o il fittuario viene costituito nello stato di prossima decozione. Ecco quello che è stato giudicato con decreto della Corte di cassazione, degli 8 dicembre 1806, riportato da Denevers, vol. del 1807, pag. 52.

Su di che si esercita il privilegio? Che cosa s'intende per frutti raccolti nell'anno? De' frutti pendenti, e di quelli degli anni antecedenti.

310. Secondo la legge, il privilegio del proprietario si esercita sopra i frutti raccolti nell'anno, sul valore di tutto ciò che guarnisce la casa o il fondo locato, e anche sul prezzo di tutto quello che serve alla coltivazione del fondo.

Ne' frutti raccolti nell'anno si comprendono, inoltre, tanto i frutti pen-

denti attaccati alle radici, quanto quelli raccolti, non ostante il disposto dell'art. 520 del Codice civile, in conformità del quale le messi attaccatte alle radici, ed i frutti degli alberi non ancora raccolti, sono immobili. Generalmente parlando bisogna considerar l'epoca della maturità dei frutti per determinarne la natura. Lo stesso articolo del Codice dispone che tostochè le biade sono tagliate ed i frutti raccolti, quantunque non trasportati, divengono beni mobili. Il pignoramento de'frutti ancora attaccati al suolo, permesso dalle leggi di procedura, altro non è se non il pignoramento de' frutti pendenti dalle radici, il quale può esser fatto ne' sei mesi che precedono l'epoca ordinaria della loro maturità: la vendita delle raccolte pignorate può farsi prima di questo tempo, ed il valore della vendita si distribuisce *per contributo* tra i creditori pignoranti. Laonde il privilegio del proprietario non può più essere contestato su i frutti pendenti, quanto quelli su' raccolti.

Rispetto a questi ultimi, se più non fossero presso dell'affittuario, il proprietario non potrebbe rivendicarli dalle mani di un terzo che gli avesse acquistati in buona fede, a differenza de' mobili che guarniscono la casa o il podere. È soltanto rispetto a questi mobili che l'art. 2102 accorda un diritto per rivendicarli in un termine stabilito, e la sua disposizione non può essere estesa ai frutti raccolti nell'anno. Ma se i frutti venduti non fossero stati ancora liberati, essi rimarrebbero sottoposti al privilegio del proprietario, il quale dee esser sempre preferito sugli oggetti che formano il suo pegno speciale, fino a che l'affittuario non ne sia spogliato.

Del rimanente, accordando un privilegio sopra i frutti raccolti nell'anno, lo stesso art. 2102 non esclude il privilegio sopra i frutti degli anni precedenti che per caso si trovassero ancora in possesso dell'affittuario, e di cui non avrebbe accossentito la vendita con atto autentico, o con scrittura di data certa. Questi frutti sarebbero almeno considerati come cose che guarniscono il podere.

Degli oggetti che garantiscono la casa ed il podere, e servono alla coltivazione. Del diritto di rivendicarli. Può il conduttore togliere qualcheduno di questi oggetti?

311. In tutto ciò che guarnisce la casa o il podere, e tutto ciò che serve alla coltivazioue di questo, si comprende tutto quel che vi è stato recato dal pigionale o affittuario, e tutto quel che da esso è stato desti-

nato per rimanere nella casa o podere, e servire alla coltivazione. Le mercanzie che si trovano nei magazzini o botteghe locate, sono, al certo, soggette a tale privilegio, perchè esse guarniscono i luoghi destinati dall'affitto stesso al commercio di queste mercanzie. Pothier, *Trattato del contratto d'affitto*, n. 249, dice a questo riguardo che il diritto del locatore si estende sopra tutti gli effetti che guarniscono le diverse parti della sua casa secondo la destinazione di ciascuna di esse. Può riscontrarsi benanche quello che questo scrittore dice nel num. 227.

Il diritto del proprietario, rispetto ai mobili che guarniscon la casa o il fondo, non si restringe ad esercitare un privilegio sul prezzo, ma consiste altresì nel perseguitare questi mobili, allorchè ne sono stati tolti senza il suo consenso. Bisogna però che il diritto di rivendicarli si eserciti nei termini indicati dall'art. 2102; altrimenti si presume come se il proprietario avesse rinunziato al benefizio della legge.

Ciò non pertanto l'inquilino o affittuario conserva la facoltà di vendere alcuni dei mobili o effetti che guarniscono la casa, o il fondo, e di riscuoterne il prezzo, senza che il compratore, che lo ha pagato possa essere molestato dal proprietario. Il privilegio di questo proprietario non può essere così rigoroso da produrre contra l'inquilino o affittuario l'effetto di una interdizione d'amministrare. Questo caso è molto differente dalla rimozione degli oggetti fatta senza consenso del proprietario, di cui poco fa ho parlato, e che autorizzerebbe un sequestro. Questo al certo è quel che ha fatto dire a Basnage, *delle ipoteche* cap. 9, pag. 79, in 12, che il privilegio del proprietario non dura, o non si conserva, se non allorchè i mobili si trovano tuttavia nella casa, o sul fondo; poichè il conduttore non viene interdetto a poterli vendere e a disporne, e quello che gli avesse comprati, *in buona fede*, non sarebbe tenuto alla restituzione. Si vegga lo stesso scrittore, cap. 14. pag. 321, in 12.

Bisogna non estendere il diritto concesso al proprietario sugli oggetti che si trovassero nei luoghi locati momentaneamente e che avessero una diversa destinazione. Domat, lib. 3, tit. 1, sez. 5, n. 16 e 17, porta in esempio una mobilia comprata dal pigionale per farla trasportare altrove ed i mobili di una persona che avesse gratuitamente abitato presso del medesimo nella casa locata. Su quest'ultimo punto, Pothier, nello stesso trattato, num. 236, pensa che questi mobili, della persona alla quale il locatario avrebbe dato l'abitazione gratuita d'una parte della sua casa, sieno obbligati al fitto in proporzione della parte da esso occupata. A credere mio, questa opinione è suscettibile di qualche modificazione, nel caso in cui

il proprietario sappia che la persona a cui fu data l'abitazione gratuita aveva portati dei mobili di sua proprietà. In questo caso, il proprietario non può quelerarsi; egli dee esser diligente a far sì che l'inquilino guarnisca la casa di mobili a lui appartenenti, e capaci di assicurarlo della pigione. Ma, nel caso opposto, l'opinione di Pothier dee essere seguita, poichè in contrario, come questo scrittore osserva, la casa, o quasi tutta la casa, potrebbe trovarsi occupata da diverse persone le quali tutte direbbero che l'inquilino principale ha accordata loro l'abitazione gratuitamente.

I bestiami messi in un podere locato, anche dopo cominciato l'affitto, sono sottoposti al privilegio del locatore. Se questo bestiame è stato dato da un terzo a soccio, il proprietario del fondo non vi ha alcun diritto, purchè gli si sia fatta conoscere questa circostanza (art. 1813 del Codice civile). Ma questa conoscenza dee essergli data, al più tardi, nel momento in cui s'introduce il bestiame nel podere, vale a dire, prima che resti colpito dal privilegio del proprietario. Così ha giudicato la Corte reale di Nimes il 7 agosto 1812, ed il ricorso contro questa decisione fu rigettato con decreto della Corte di cassazione de' 9 agosto 1815, riportato da Denevers, vol. del 1815, pag. 400.

Lo stesso dir si dovrebbe degli oggetti e mobili che l'inquilino o affittuario avesse ricevuto in deposito ed in pegno. Il proprietario di questi oggetti non potrebbe sottrarli al privilegio che gode il locatore, se non facendoli legalmente conoscere l'atto con cui l'inquilino o affittuario n'è divenuto il possessore.

Infine il pigionale o affittuario può togliere alcuni degli oggetti che guarniscono la casa o il fondo, purchè i rimanenti bastino ad assicurare il pagamento di tutte le pigioni, o fitti scaduti e da scadere? Una decisione della Corte reale di Parigi, de' 2 ottobre 1806, riportata da Denevers, vol. del 1807, pag. 30, sup., ha giudicato per la negativa, nella specie dell'affitto di una casa. Il motivo della decisione è che, *tutti i* mobili che guarniscono una casa garantiscono la totalità delle pigioni. Questa decisione par che sia conforme ai principj consecrati dall'art. 2102; nè è contraria al decreto della Corte di cassazione, degli 8 dicembre 1806, citato nel num. 309. Quest'ultimo decreto ha giudicato che l'affittuario o i suoi creditori possono, durante l'affitto, vendere o far vendere il bestiame derivante dal capitale, purchè il capitale resti presso a poco compiuto. Questi due giudicati possono benissimo conciliarsi, restringendo quello della Corte di cassazione al caso particolare pel quale fu proferito.

Il privilegio del proprietario può esistere sulle raccolte, malgrado che esse non si trovino ne' granaj del fondo locato?

312. Nondimeno, acciò il proprietario conservar possa il suo privilegio su i frutti e le raccolte fatte dal fondo da lui locato, non sempre sarebbe necessario di farlo riporre ne' magazzini del fondo istesso. Trascriverò uno squarcio di Basnage, cap. 9, nel quale si rinvengono due fatti ed una decisione sopra ciascuno di essi. Quello che egli dice è di tanta maggiore importanza in quanto che i fatti che egli prevede accadono sovente nelle campagne, specialmente allorchè si tratta di fondi poco considerabili.

« Siccome un affittuario può tenere in affitto due fondi appartenenti a due diverse persone, se egli ripone confusamente in un luogo medesimo tutti i frutti dei due fondi, il proprietario del luogo ove i frutti e derrate sono stati riposti avrà per tutti i suoi fitti la preferenza sull'altro proprietario? Ciò non sarebbe ragionevole; poichè, sebbene per la confusione fatta dall'affittuario di tutto quel che si è ricavato dai due fondi, sia impossibile di separare i frutti, pure potendosi sapere a un di presso quello che ciascun fondo ha reso, ciascun proprietario dee averne in proporzione di ciò che gli è dovuto, e tutto il vantaggio di colui che sequestra è di essere pagato, in preferenza, delle pigioni dovutegli per la occupazione dei granai, magazzini, ed altri locali in cui i frutti furono riposti e conservati. Se un affittuario prendesse in affitto un granaio fuori del fondo, il proprietario non perderebbe il suo privilegio, ed il padrone del granaio non potrebbe avere in preferenza che la pigione di questo ». Queste due decisioni sono giudiziosissime, e debbono essere adottate. Nel Codice nulla vi è che alle medesime si opponga.

Anteriorità di alcuni crediti particolari.

313. Le stesse disposizioni dell'art. 2102 accordano, a certi crediti particolari, un anteriorità sul credito del proprietario.

1.° Le somme dovute per le semente, o per le spese della raccolta dell'anno, si pagano con preferenza sul prezzo della raccolta istessa. Sicchè, come già abbiam detto, gli operai ed agricoltori che han coltivati i fondi, e mietute le raccolte, sono preferiti, per le loro giornate e salarj, al proprietario, quando anche fossero stati proposti dal affittuario. Così si trova

deciso da un decreto della Corte di cassazione, de' 24 giugno 1807. Denevers, vol. del 1807, pag. 289.

2.° Le somme dovute per gli attrezzi rurali, sia a colui che gli ha somministrati, sia a colui che vi ha fatte delle riparazioni sono preferiti sul prezzo degli attrezzi stessi.

3.° Il venditore de' mobili e di altri oggetti che servono a guarnire la casa o il fondo ha parimente, giusta il n.° 4 dell'art. 2102, la preferenza sul proprietario, purchè sia dimostrato che questi aveva conoscenza che sì fatti oggetti non fossero dell'inquilino. Si avrebbe una pruova legale nella notificazione fatta al proprietario, come negli altri casi dei quali già si è parlato.

Privilegio del credito sul pegno dato al Creditore.
Condizioni alle quali è sottoposto.

314. Un altro privilegio speciale è quello del credito sul pegno dato al creditore. Le regole principali, relative a questo privilegio, si trovano nel capitolo primo, tit. 17, lib. 3, del Codice civile art. 2073 e seguenti.

Il pegno, che è la proprietà di una cosa mobile, dà al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa che n'è l'oggetto, in preferenza degli altri creditori. Questo privilegio, nelle materie che eccedono il valore di 150 franchi, non ha luogo se non vi è un atto pubblico, o una scrittura privata, debitamente registrata, la quale contenga la dichiarazione delle somme dovute, e la natura e la specie delle cose date in pegno, o uno stato annessovi delle loro qualità.

Per un'applicazione di quest' ultima disposizione, la Corte reale di Parigi, con decisione degli 8 giugno 1809, ed in seguito a quella della Corte di cassazione, con decreto de'4 marzo 1811, che si trovano nella raccolta di Denevers vol. del 1810, pag. 67, sup., e vol. del 1811 pag. 166, hanno giudicato: 1. che l'atto col quale un debitore dà in pegno la sua biblioteca è nullo se, oltre alla menzione del numero dei volumi, non contiene la indicazione delle opere, la loro forma, e la loro edizione; 2. che se i principali oggetti dati in pegno non sono indicati nell'atto del pegno, nel modo dalla legge prescritto, questo atto può reputarsi indivisibile ed essere dichiarato nullo, anche rispetto agli oggetti di cui l'atto contiene l'indicazione delle specie e natura di essi.

Se questi mobili sono incorporali, tali che i crediti mobiliari, che siano stati dati in pegno, il privilegio non altrimenti si stabilisce con

atto pubblico, o con scrittura privata debitamente registrata ed intimata al debitore del credito. È indispensabile che il creditore sia stato messo in possesso del titolo; mentre questo possesso, è quello che, per legge, costituisce il pegno, e questa regola si applica a tutti i casi. Il privilegio non si gode sul pegno se non allorchè questo pegno è stato messo ed è rimasto in potere del creditore, o di un terzo, di comune consenso delle parti.

Del rimanente, il debitore resta sempre proprietario del pegno, salvo al creditore, giusta l'art. 2078, il diritto di farsi ordinare giudiciariamente che il pegno gli resti in luogo di pagamento fino alla concorrenza del credito; o pure che sia venduto all' incanto. In caso di vendita, il creditore è privilegiato sul prezzo, per tutto ciò che gli può essere dovuto per capitale, interessi, spese, ed altri accessorj. Soltanto le spese giudiciali fatte nel caso contemplato dall' art. 2078 gli si preferiscono, come già ho fatto conoscere nelle osservazioni generali messe sul principio di questo capitolo.

Giova però osservare, che ove la cosa data in pegno non appartenesse al debitore, il vero proprietario di essa potrebbe rivendicarla. Allora si tratta di un diritto di proprietà al quale cede ogni altro privilegio, sotto le modificazioni in queste osservazioni generali spiegate. In tal caso può dirsi che, a parlar propriamente, non vi è pegno per mancanza di causa. Nel presente trattato si è avuto parecchie volte occasione di ravvisare l'affinità che vi è tra l'ipoteca ed il pegno. Or, essendo la facoltà d'ipotecare, subordinata alla proprietà, cioè, alla facoltà di alienare, lo stesso convien dire del pegno.

Relativamente a diverse questioni che insorger possono sulle conseguenze di questo contratto, sulle obbligazioni reciproche del creditore e del debitore, per ciò che concerne la conservazione o deteriorazione della cosa data in pegno, si può consultare Basnage, *delle ipoteche*, cap. 16, pag. 378, e seg., in 12.

L'art. 2082 prevede il caso in cui esistesse, per parte del medesimo debitore, verso il medesimo creditore, un altro debito contratto posteriormente al pegno, e divenuto esigibile prima del pagamento del primo debito. In questo caso il creditore non può costringere a rilasciare il pegno prima che venga soddisfatto dell' uno e dell' altro credito, ancorchè non si sia stipulato di sottomettersi il pegno al pagamento del secondo debito. La disposizione di questo articolo è figlia delle legge unica, Cod., *etiam ob chirographariam pecuniam.*

È qui il caso di occuparsi di una questione elevatasi, per la soluzione della quale convien ricorrere ai principj relativi a pegno, ed a quelli relativi all'accrescimento del valore procurato dalle somministrazioni e lavori di un terzo da cui resulta un privilegio.

Un artista o fabbricante che lavora sopra oggetti che gli sono affidati a quest'uopo, godrà egli del privilegio su questi oggetti per il valore della sua mano d'opera e per le somministrazioni fatte a fin di ridurli in quella forma a cui sono destinati? Se l'affermativa ha incontrato ostacoli, ha potuto ciò derivare dal non essere la soluzione figlia precisamente di un articolo di legge: ma regolandosi coi principj di equità, e coll'argomento per analogia, il privilegio in favore dell'artista o fabbricante sugli oggetti a questi dati, non può esser dubbio. Esso è una conseguenza del privilegio accordato, nello spirito e colle proprie disposizioni della legge, a tutto ciò che si riferisce alla conservazione, miglioramento ed aumento del valore della cosa che tornerebbe a profitto della massa dei creditori. Questo privilegio in favore dell'artista e del fabbricante si deduce o direttamente, o per analogia dai num. 2 e 6 dell'articolo 2102 del Codice civile, dal paragrafo 3 dell'art. 2103 del detto Codice; e dagli art. 93, 94 e 57' del Codice di commercio.

L'artista o il fabbricante potrebbe anche sostenere che egli si trova nel caso del creditore che possiede a titolo di pegno, il quale, giusta l'art. 2082 del Codice civile, non può esser costretto a rilasciare la cosa che egli possiede a titolo di pegno se non dopo essere stato interamente soddisfatto della somma principale non solo, ma degli interessi e spese del credito che è stato l'oggetto del pegno. Questa posizione di cose esisterebbe anche allorchè non vi fosse un titolo resultante da atto pubblico o da scrittura privata, richiesto dall'art. 2074, quando la cosa eccede il valore di 150 franchi.

La ragione si è, che giusta l'art. 2084, la disposizione dell'art. 2074 non è applicabile alle materie commerciali. Ora, secondo la nostra ipotesi, si tratta di oggetti commerciali, tra persone commercianti, o che sono simili ai commercianti. In tal caso fa d'uopo ricorrere ai libri loro o ad altre pruove, secondo le circostanze. La questione così è stata risoluta con decisione della Corte reale di Colmar, de' 7 marzo 1812; riportata da Denevers, lo stesso anno, pag. 114, sup.

Evvi ancor di più. Una tale decisione ha pronunziato su di un'altra questione, che è un accessorio di questa, e merita di essere conosciuta. Secondo la specie della decisione, il fabbricante aveva rimessi al pro-

prietario diversi oggetti da esso già lavorati, senza farsi soddisfare di quel tanto che era dovuto per il valore della mano d'opera, o per le somministrazioni: ma egli ad ogni rimessa aveva ricevuti nuovi materiali da lavorare. Tutto concorreva a far credere che egli avesse inteso di conservare su questi nuovi materiali il suo privilegio, non solamente per la mano d'opera, e per le somministrazioni di cui essi abbisognavano, ma anche per la mano d' opera e le somministrazioni avanzate pe' primi oggetti già rimessi, senza che ne fosse stato soddisfatto. I nuovi generi servir devevano di pegno per quello che era dovuto in ordine a' primi. La Corte reale si decise per il privilegio sulle nuove mercanzie, a ragione delle somme anticamente dovute. Per brevità rinvio ai motivi della decisione, ove troverassi uno sviluppo di principj idonei a determinare l'opinione in favore del privilegio, anche in questo caso particolare.

Si vede benissimo però che le circostanze possono molto influire in questo secondo caso sulla decisione. Egli è giusto di stabilirsi che gli ultimi materiali dati per essere lavorati, si riguardino come sostituiti ai primi già ritirati, e da servire sempre di pegno per quello che è dovuto pe' primi materiali, e per modo che il fabbricante si presuma come se mai si fosse spogliato de'pegni che servir potevano di sicurezza al pagamento di ciò che gli era dovuto. Egli è utile stabilire altresì che i generi rimessi e quelli nuovamente ricevuti sieno della medesima qualità, della medesima specie, e capaci di una medesima sorta di lavoro, e che le cose sieno rimaste sempre nel loro primiero stato, rispetto al fabbricante creditore. E tutte queste circostanze si rinvengono nella decisione da me citata.

Privilegio delle spese erogate per la conservazione della cosa.

315. Le spese erogate ad oggetto di conservar la cosa sono anche privilegiate sul valore della cosa stessa. La ragione di questo privilegio facilmente si concepisce. La cosa è stata conservata e nell' interesse comune del proprietario, e in quello dei creditori, e rispetto a colui che ha fatte le spese di anticipazione, secondo l'osservazione di Domat, nel luogo citato, al num. 308, *essa è come se fosse sua fino alla concorrenza di ciò che egli ha speso.* Con questo vocabolo *spese*, il legislatore ha inteso parlare di tutti i lavori e di tutte le spese fatte a questo oggetto. Sicchè il depositario, il sequestratario, il custode debbono essere preferiti agli altri creditori per tutte le anticipazioni fatte per motivo della cosa depositata, sequestrata, o data a custodire. Il depositario ha benanche il

particolar vantaggio che egli può ritenere il deposito fino all' intera soddisfazione di ciò che gli è dovuto. Ma acciò questo privilegio non possa essere impugnato è necessario che la cosa non sia stata snaturata. Quando anche fosse stata venduta il privilegio non esisterebbe sulla somma che se n'è ricavata.

È noto già che i privilegj enumerati nell' art. 2101 sono preferiti alle spese fatte per la conservazione della cosa; il che trovasi stabilito ancora nell' art. 2105, giusta il quale gli architetti, appaltatori, muratori ed altri operai non debbono essere soddisfatti sul valore degl' immobili ricostruiti o riparati, se non dopo di coloro di cui parla l'art. 2101. Ma nel caso di concorrenza fra i creditori dei lavori e somministrazioni, fatte per la conservazione della cosa, ed il proprietario, il quale troverebbe l'oggetto conservato nel mobile che guarnisce la casa, o il fondo locato, il primo dovrebb' essere preferito. In fatti si è veduto che le somme dovute per gli utensili sono preferite, sul valore di questi stessi utensili, al proprietario. Lo stesso è da dirsi per le spese, qualunque esse sieno, fatte per la conservazione della cosa.

Del privilegio del venditore delle cose mobili. Gli si concedono due diritti, il privilegio e la rivendicazione. Con quali condizioni?

316. Il venditore di cose mobili non pagate, o la cui vendita sia stata fatta a termine o senza, ha un privilegio sul valore di questi oggetti medesimi se il debitore tuttavia li possiede. Se la vendita fosse stata fatta senza termine, può altresì il venditore rivendicare questi oggetti finchè si trovino presso del compratore, od impedirne la rivendita, purchè l'azione di rivendicazione sia esercitata nel termine di otto giorni dalla tradizione, e gli oggetti si trovino nello stesso stato nel quale si trovavano al tempo di questa tradizione. Il privilegio del venditore delle cose mobili che guarniscono una casa, o un fondo, non si esercita se non dopo di quello che compete al proprietario della casa o del fondo, a menochè non costi che il proprietario conosceva che quei mobili non appartenessero all' inquilino o affittuario. Finalmente il Codice non mira ad alcuna innovazione delle leggi e degli usi del commercio, in ordine alla rivendicazione, art. 2102 n. 4.

Sicchè la legge accorda due diritti al venditore di cose mobili di cui non ancora gli è stato soddisfatto il prezzo.

Il primo è quello di farsi pagare con prelazione sul valore degli og-

getti che son trovati presso del debitore. Il Codice non richiede altra condizione per l'esercizio di questo privilegio. Se il venditore o gli altri creditori hanno fatto vendere gli oggetti mobili acquistati dal debitore, il venditore, giusta il privilegio contenuto nell'art. 2101, dovrà essere collocato il primo sul valore, sia che la vendita fosse stata fatta con dilazione o senza. Lo stesso sarebbe, in caso di rivendita, per parte del compratore, se il venditore agisse allorchè gli effetti sono tuttavia presso il debitore, vale a dire, prima della tradizione al secondo acquirente. Fino a che il venditore vede il suo pegno in potere del suo debitore, il privilegio è conservato. Da ciò deriva che questo privilegio può essere esercitato, sempre nella data ipotesi, in pregiudizio del secondo acquirente e degli altri creditori.

Il secondo diritto che ha il venditore delle cose mobili è quello della rivendicazione, il cui effetto è di far rescindere la vendita, e di farla rientrare, in conseguenza di questa rescissione, nella proprietà delle cose vendute e non pagate. Ma l'esercizio di questo diritto dipende da parecchie condizioni che son tutte nella legge. Il venditore non può esercitarlo, se non quando la vendita è stata fatta senza dilazione, quando le cose vendute si trovano in potere del compratore, quando la rivendicazione è promossa fra gli otto giorni dalla tradizione, e quando le cose si trovano nello stesso stato in cui si trovavano al tempo di questa tradizione.

L'esercizio di sì fatto privilegio non va esente da difficoltà, secondo certe circostanze che possono incontrarsi. Non ve ne sono nel caso della rivendicazione, quando le cose non sono tali quali esse erano al tempo della tradizione; mentre nella legge sta detto che acciò la rivendicazione abbia luogo è d'uopo che *le cose si trovino nello stato medesimo nel quale erano quando furon fatte.* Ma allorchè si tratta di un privilegio sul valore di effetti mobili non pagati, se sono tuttavia in potere del debitore, in questo caso possono insorgere dei dubbj. Ve ne sarebbero se questi effetti mobili avessero sofferto un cangiamento. Cotali dubbj hanno esercitato l'impegno dei romani giureconsulti, i quali han mostrato di compiacersi nel far mostra di una grande sagacità circa questioni che si prestavano alle sottigliezze. Sul loro esempio, Cuiacio, e parecchi altri dottori, hanno discusse con molta gravità sì fatte questioni, adoprando una gran forza di ragionamento. D'altronde simili questioni venivano discusse sotto altri aspetti, come quello del legato fatto di effetti mobiliari determinati, i quali al tempo della morte del testatore non si rinvenivano nello stato medesimo in cui si trovavano al tempo del testamento; e come

quello ancora nel quale gli effetti mobiliari erano stati dati in ipoteca, ed allorchè accadeva la stessa circostanza. È noto che secondo il diritto romano i mobili erano capaci di essere ipotecati.

Tutte queste distinzioni trovansi in Basnage, *delle ipoteche* cap. 14, pag. 308, e seg. ediz. in 12. Si scorge ancora l'imbarazzo in che egli si ritrovava per essersi impegnato in queste distinzioni, e per aver tentato di conciliare antiche decisioni che si contrariavano. Ma dietro i principj sparsi nella nostra legislazione, le difficoltà sono molti minori. Si può dire che ogni volta in cui vi sia stato un cangiamento di nome, di forma e di natura, il privilegio si è estinto, poichè allora la cosa non si trova nella sua essenza.

Sicchè non potrebbe un negoziante di grano esperimentare il suo privilegio sulla farina che pretendesse esserne derivata. Un negoziante di cuoi lo perderebbe anch'egli, se i cuoi si trovino nel calcinaio per essere lavorati. Neppure può essere reclamato per le lane o canape vendute, quando queste cose si trovino convertite in panni e in tele; ne sulle canne da zucchero per lo zucchero che se n'è estratto. Vale lo stesso per tutti i casi simili.

Il privilegio rimane anche estinto se dalle stoffe vendute si fossero fatti dei letti o si fossero coperte delle sedie; se un mobile o gioiello in oro o in argento fosse stato fuso per farsene altri di diversa forma, o addetti ad un diverso uso, quantunque la materia sia la stessa. Non vi è privilegio pel ferro venduto, se questo fosse stato lavorato in ringhiere, balconate, o serrature. Potrebbe dubitarsi se il magnano medesimo debba avere un privilegio per il valore di queste ringhiere, balconate e serrature poste in una casa, e per le quali avesse somministrato, non solo il ferro, ma benanche il lavoro. Questi oggetti sono allora incorporati, per effetto dell'adesione, coll'immobile medesimo; ed in questo caso vi è cangiamento di *natura*, come in altri casi, di cui ho parlato, vi è cangiamento di nome e di forma: e in alcuni di questi casi può dirsi che vi sia anche cangiamento di *natura* (1).

(1) Intorno ad una materia che tanto si presta alle sottigliezze mancar non possono opinioni variate, con tanta maggior ragione per quanto le decisioni sono figlie delle circostanze dalle quali si attingono i motivi di equità che bilanciano il rigore dei principj. Io non ho trovate autorità sulle quali avessi potuto positivamente stabilire quel tanto che ho detto relativamente al ferraio che avesse somministrato la materia ed il lavoro, del che dovrebbe essere soddisfatto: io ho creduto potersi determinare pel principio risultante dal *cangiamento di natura*.

Nell'art. 580 del Codice di commercio rilevasi quanto severe sieno le condizioni sotto le quali l'azione di rivendicazione viene ammessa. Può credersi che questa severità non vada osservata per l'esercizio dei privilegj, de'quali si ragiona nell'art. 2102 del Codice civile. L'art. 580 del Codice di commercio fu fatto pel caso di fallimento o di bancarotta, ed in queste circostanze la frode facilmente si presume. Ma pei privilegj, enunciati nell'art. 2102, la identità degli oggetti venduti bisogna che sia provata, e cessa di poterlo essere, quando vi sono dei cangiamenti di forma. Senza questa severità si correrebbe il rischio di favorire la frode.

D'altronde questa mia opinione può altresì fondarsi sui termini dell'art. 2102 n.° 4. Quanto al privilegio, in esso è detto, parlandosi del prezzo dei beni mobili non pagati, *se esistono ancora in mano del debitore*. Tali espressioni suppongono lo stato identico, nel modo stesso che si richiedeva pel caso della rivendicazione nella parte seguente del medesimo articolo.

Nondimeno se fosse stato venduto del grano il quale si trovasse nello stesso granaio, o del vino il quale esistesse nelle stesse botti, e che ne fosse stata venduta dal debitore una parte soltanto, è chiaro che il privilegio potrebbe essere esercitato sulla parte rimanente. L'identità che allora esiste dee produrre, sulla parte, lo stesso effetto che produrrebbe sul tutto se questo tutto esistesse.

Il venditore avrebbe egli perduto il suo diritto accettando un biglietto di pagamento?

317. Il diritto di privilegio e quello di rivendicazione, accordato al venditore di cose mobili, tende a fargli ricuperare il valore di queste

Nondimeno, convien che faccia conoscere una decisione del parlamento di Parigi, de' 19 febbraio 1603, proferita in una specie singolare, e riferita da Mornac, sulla legge 1. ff. *de rer. div. et qual.* e sulla legge 5, *eod de tribut. act.* Nella specie della decisione, un fonditore avea fuse delle campane per una parrocchia; gli si doveva il valor del metallo e quello della fusione: le campane erano state benedette e sospese al campanile. I parrocchiani, che erano di cattivissima fede, non soddisfecero al pagamento, e si opposero al fonditore che voleva riprendersi le campane per non esserne stato soddisfatto. Essi dicevano che le campane eran divenute cose sacre, sulle quali l'operaio non poteva esercitare verun diritto. Colla decisione si ordinò, che in un dato termine il fonditore fosse stato pagato di quel che gli era dovuto, altrimenti rimaneva autorizzato a riprendersi le campane.

Ma pare che la specie non sia la stessa. Non può dirsi che le campane sieno incorporate col campanile, e molto meno colla Chiesa. L'azione era intentata direttamente contra i proprietarj o contra coloro che tali si riputavano. Non si trattava di reclamare un privilegio rispetto a creditori di una persona; e queste circostanze facevano cangiar la cosa.

cose non pagate: or, il venditore conserverebbe un tal diritto se, in pagamento delle cose mobili, avesse accettato un obbligo per parte del compratore?

Trattandosi della vendita di un *zaffiro orientale* per 170,000 franchi avendo il venditore ricevuto dal compratore delle perle e de'diamanti, e per saldo un bono di 71,545 fr., pagabile a vista, fu dichiarato decaduto da qualunque privilegio sul valore del zaffiro venduto, attesochè la vendita era stata consumata, e il portatore del *bono*, che erasi affidato alla fede del venditore, non aveva maggior diritto di quel che ne avesse qualunque creditore chirografario. Decisione della Corte reale di Parigi, de'24 dicembre 1816, riportata da Denevers, vol. del 1817, pag. 110, sup. Siffatta decisione applicò l'ultima disposizione del §. 41 *delle Istit.* al titolo *de rerum divisione. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.* Fu una circostanza simile che determinò il parlamento di Rouen a non accordare, con decreto de'16 maggio 1664, il privilegio reclamato da certi negozianti di vino su quello che essi avevano venduto ad un vinaio presso del quale il vino ancora esisteva. I negozianti avevano venduto il loro vino in contante: ma riscuotendo una parte del loro denaro, si presero per l'altra un obbligo: *et sic fidem habuerant de pretio.* Basnage *delle ipoteche*, cap. 14 pag. 317, in 12.

Della vendita di effetti mobiliarj in materia commerciale. I creditori del compratore avrebbero il diritto di ritenere le mercanzie rivendicate pagandone il prezzo al venditore?

318. Tutto quello che riguarda la vendita degli effetti mobiliari, in materia commerciale, vien regolato dal tit. 3 del lib. 3 del Codice di commercio. In mi restringo a rinviare a quel titolo, tanto più ragionevolmente per quanto il venditore, giusta questo Codice, non ha alcun privilegio sul prezzo delle mercanzie vendute e non pagate, e per quanto il suo diritto si riduce alla rivendicazione di queste mercanzie nel caso preveduto.

Però una disposizione del Codice di commercio fa insorgere una questione per le materie civili. L'art. 582 del mentovato Codice di commercio, prescrive che, in tutti i casi di rivendicazione, eccettuati quelli di deposito e di consegna di mercanzie, i sindaci dei creditori avranno la facoltà di ritenere le mercanzie rivendicate, pagandone al reclamante il

prezzo convenuto fra lui e il fallito. I creditori, del debitore di effetti mobiliari, avranno essi il medesimo diritto nel caso di rivendicazione per parte del venditore? L'affermativa non è dubbiosa, giacchè il venditore ha un interesse per il pagamento del valore, e, nelle regole ordinarie del diritto, da una parte, il compratore può pagare fino a che la risoluzione del contratto di vendita non sia stata pronunziata, e, dall'altra, i creditori possono esercitare tutti i diritti e le azioni del loro debitore. Si legga l'articolo del sig. Tarrible nel *Repertorio di giurisprudenza* alle parole *Privilegio di credito*, sez. 2, §. 3, n. 11.

Del privilegio de'locandieri sugli effetti dei vaggiatori. Di quello dei vetturali sulle robe che si trasportano.

319. Sono privilegiate le somministrazioni di un locandiere sulle robe del viandante che sono state introdotte nella sua locanda, art. 2102 n. 5.

Anticamente questo privilegio era ammesso: parecchi Statuti avevano delle disposizioni precise a questo riguardo: ma esso dee esser sempre preposto ai privilegj compresi nell'art. 2101, giusta la massima generale stabilita nelle osservazioni fatte sul principio di questo capitolo. Queste espressioni, *sulle robe del viandante che sono state introdotte nella locanda* dimostrano abbastanza che non potrebbe il locandiere ritenere gli abiti del viandante per la spesa da questo fatta. Le robe del viandante servono di *pegno* pel locandiere. Se egli si fosse spogliato del pegno, non goderebbe più privilegio: anzi in tal caso si presumerebbe di essere stato soddisfatto dal viandante. Del rimanente il privilegio del locandiere sulle robe del viandante si riduce alle spese fatte durante la di costui attuale dimora, e non per quelle anteriori pel cui pagamento non vi sarebbe pegno, o il cui pegno fosse stato rilasciato. Presso Ferrieres, sull'art. 175 dello Statuto di Parigi, si rinvengono parecchie questioni insorte su questa specie di privilegio. È inutile il dire, poichè si vede con chiarezza, che bisogna conciliare tali decisioni coi principj del Codice civile.

Sono ancora privilegiate le spese di vettura e quelle accessorie sulle cose che si trasportano, articolo 2102 num. 6.

La cosa trasportata serve anche di pegno per il pagamento delle spese di vettura e di quelle accessorie, come sono i diritti di entrata ed altri simili.

Dei crediti privilegiati sulla garanzia data dagli uffiziali pubblici.

320. Finalmente i crediti resultanti dall'abuso e prevaricazioni commesse dagli uffiziali pubblici, nell'esercitar delle loro funzioni, sono privilegiati su'capitali da essi dati per sicurtà e sugl'interessi che ne fossero dovuti, lo stesso art. 2102 n.° 7.

In forza dell'art. 33 della legge de'25 ventoso, anno 11, i notai sono stati sottoposti ad una garanzia specialmente addetta alla sicurezza delle condanne pronunziate contro di essi in conseguenza dell'esercizio delle loro funzioni.

Una tal disposizione è stata estesa alle cauzioni, date dagli agenti di cambio, dai sensali di commercio, patrocinatori cancellieri, uscieri, e periti stimatori, dall'art. 1 della legge de' 25 nevoso anno 13, il quale stabilisce ancora un privilegio per il ricupero de' fondi prestati per tutta o parte della cauzione. La stessa legge regola la forma delle opposizioni da farsi per parte di coloro che pretendessero di aver qualche diritto di esperimentare sulla cauzione. Giusta l'art. 4, la dichiarazione in favore di chi presta i capitali che servono alla garanzia, fatta alla cassa di ammortizzazione, all'epoca della prestazione, tien luogo di opposizione per assicurare l'effetto del loro privilegio.

Dall'art. 3 della legge de' 5 settembre 1807 fu disposto che il privilegio del Tesoro pubblico, su i capitali dati per sicurtà dai contabili, continuerebbe ad essere regolato dalle leggi esistenti.

Finalmente nel caso in cui le formalità volute dalla legge de' 25 nevoso anno 13 non fossero state adempiute, da coloro che prestarono i capitali, all'epoca del prestito, due decreti de' 28 agosto 1808, e 22 dicembre 1812 indicano quel che, le persone che prestano i capitali, debbono fare per supplirvi.

Le cauzioni, giusta l'articolo primo di quella legge, sono affette, per primo privilegio, alla garanzia delle condanne che pronunziar si potrebbero contra gli uffiziali pubblici che le hanno date, per effetto dell'esercizio delle loro funzioni; per secondo privilegio al ricupero de'capitali prestati in tutto o in parte per le loro cauzioni; e sussidiariamente al pagamento, secondo l'ordine comune, de' crediti particolari esigibili sopra di esse.

Dei privilegj sulle navi ed altri legni di mare.

321. Vi è un privilegio che riguardar si può come gravitante sopra una cosa mobile, che, per la sua natura, e pel suo interesse, forma il soggetto di una parte importantissima della nostra legislazione commerciale e marittima. L'art. 190 del Codice di commercio, conforme all'art. 531 del Codice civile, dichiara che i bastimenti e gli altri legni di mare sono mobili, e soggiugne: « Nondimeno sono affetti a'debiti del venditore, e specialmente da quelli che la legge dichiara privilegiati ». Gli art. 191, 192 e 193 del Codice di commercio, contengono delle disposizioni il cui scopo è stato d'indicare gli oggetti per i quali questi privilegj hanno luogo di prescrivere le condizioni, dalle quali dipendono la loro costituzione e conservazione, e di far conoscere ciò che ne produrrebbe l'estinzione. Una tale materia è tutta della giurisprudenza commerciale. D'altronde questi articoli contengono numerose disposizioni tanto chiare, quanto savie. Offrono esse significanti miglioramenti in paragone della legislazione precedente su questa parte; talchè mi basta di rinviarci. Consultar si potranno con successo non solo le opere recentemente pubblicate, a questo riguardo, dai sig. Locrè e Pardessus, ma benanche il dotto comento di Vaslin, sull'ordinanza di marina, che ha servito di scorta ai moderni legislatori, il Trattato delle assicurazioni e dei contratti a cambio marittimo di Emerigon, e Basnage, Trattato delle ipoteche, cap. 9, pag. 82 e seg., e cap. 14, pag. 286 e seg., ediz. in 12. Nè fa mestieri ripetere che conviene combinare le opinioni di questi antichi scrittori colle disposizioni de' nuovi Codici.

Della sorte dei privilegj, in materia di fallimento, su quel ch' è mobile.

322. Si conosce benissimo a quante modificazioni vanno soggetti i privilegj e le ipoteche sugl'immobili, allorchè il debitore è in uno stato di fallimento, giusta l'art. 2146 del Codice civile e 443 del Codice di commercio. Io mi sono già spiegato intorno a ciò. Ma i privilegj su i soli mobili possono rimanere anche estinti nel medesimo caso, abbenchè i fatti a'quali ascendono fossero anteriori all'apertura del fallimento. Questo non solamente emerge dall'art. 443 del Codice di commercio, ove sta detto « che niuno può acquistare privilegio nè ipoteca sopra i beni del fallito ne'dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento »;

ma altresì dagli articoli 445, 446 e 447 dello stesso Codice. Tutte le questioni che elevar si possono a questo proposito sono dell' impero della giurisprudenza commerciale, e posso rimandare alle opere su questa materia pubblicate.

Ciò non ostante un'osservazione bisogna fare, la quale si ricava dal principio fondamentale relativo alla conservazione o estinzione de' privilegj che riguardano particolarmente i commercianti. L'esecuzione rigorosa di questi articoli, la quale annullerebbe non solo le obbligazioni, ma anche i pagamenti fatti nei dieci giorni che precedono il fallimento, e inoltre annullerebbe i privilegj acquistati, e continuati in buona fede, anche dietro l' apertura del fallimento, questa rigorosa esecuzione, io dico, menerebbe spesso a rivoltanti e intollerabili ingiustizie. Le circostanze che provano la buona fede, o che escludono ogni idea remota di frode, temperar debbono il rigore della legge.

Il sig. Locrè, *Spirito del Codice di commercio*, tom. 5, pag. 137, sull' art. 447 fa su di ciò alcune riflessioni. Egli esamina come i privilegj esistono o possono essere esercitati in certi casi, come quelli in cui il fallito, incaricato di una negoziazione in qualità di agente di cambio, o divenuto garante prima dei dieci giorni, non è incorso nella responsabilità se non dopo di questo termine. Egli eleva in seguito la stessa questione riguardante i crediti indeterminati, cioè quelli la cui qualità si stabilisce gradatamente, *de die in diem*, poichè sono il prezzo di somministrazioni, godimenti, e servizj successivi. Questo carattere, dice l'autore, appartiene, per esempio, alle pigioni, ai fitti, ai salarj delle persone di servizio, alle pensioni, ed appalti per viveri. Il privilegio e l'ipoteca annessi a questa specie di crediti, prima dei dieci giorni, conserveranno la loro efficacia per le porzioni del credito che matureranno in seguito. Il sig. Locrè ragionevolmente si decide per l' affermativa su entrambe le questioni. Non può dissimularsi, come benissimo dice questo scrittore, pag. 140, che il Codice di commercio non abbia ammesse due specie di nullità; l' una di diritto, l' altra subordinata alla pruova della frode.

Si vede bene che, in questo caso di fallimento, può chiedersi sovente se basti che il creditore sia nel possesso della cosa mobile per non potersi impugnare il privilegio, o il diritto di proprietà, secondo che avesse acquistato l'uno o l'altro. Persil, *Reg. ipot.*, sull'art. 2146, n.° 3, 2.ª ediz., propone due esempj che giova osservare, tanto maggiormente in quantochè può farsene l' applicazione ad altri casi.

« Un negoziante, egli dice, presta 20,000 fr. a cambio marittimo per

le riparazioni di un bastimento appartenente ad un armatore, il quale, nei dieci giorni, fallisce: avendo egli trattato con un uomo di cui, per la lontananza, non poteva conoscere le circostanze, gli si niegherà egli il privilegio che gli accordò l'art. 191 del Codice di commercio? Un negoziante accetta delle lettere di cambio tratte da un terzo. Per sottrarsi al pagamento di queste cambiali, da lui accettate, si depositano, in mano sua, delle obbligazioni sottoscritte a vantaggio del traente; converrà privarlo del privilegio che egli naturalmente sperava di avere su questi effetti, sol perchè il traente sarà fallito nei dieci giorni? » Persil sostiene la negativa su ambe le questioni. Io credo dover adottare la sua opinione. In mancanza di disposizioni legislative sopra casi su i quali l'equità ed una somma giustizia esigono delle eccezioni, fa d'uopo attenersi alla più sana interpetrazione della legge.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

715

INDICE

DEI CAPITOLI E SEZIONI

DEL PRIMO VOLUME.